NORBERTO BOBBIO

EL TIEMPO DE LOS DERECHOS

EDITORIAL SISTEMA

EL TIEMPO DE LOS DERECHOS

NORBERTO BOBBIO

EL TIEMPO DE LOS DERECHOS

Traducción de Rafael de Asís Roig

c/ Fuencarral, 127 - 28010 Madrid

ISBN: 84-86497-15-9
Depósito legal: M. 20.320-1991

Fotocomposición e impresión:
Closas-Orcoyen, S. L. Polígono Igarsa
Paracuellos de Jarama (Madrid)

Prólogo

En la amplia y plural obra de Bobbio los derechos humanos aparecen en los últimos años, y me complace presentar esta edición castellana cuidadosamente publicada por Editorial Sistema y excelentemente traducida por el profesor Rafael de Asís, que recoge sus trabajos en esta materia con el título sugerente de *El tiempo de los derechos*. El traductor ha realizado un esfuerzo adecuado a la calidad de la obra que traducía y se ha preocupado, como debe ser, por presentar las ediciones castellanas, cuando las hay, de las obras citadas por el profesor de Turín, para facilitar el trabajo de los lectores españoles que se acercan a esta faceta del pensamiento de Bobbio, hasta ahora sólo parcialmente conocida.

Con excepción de algunos estudios sobre la Declaración de la ONU, de los años cincuenta, o sobre el fundamento de los de-

rechos humanos, que es de 1964, todos los trabajos que aparecen en el libro son de los años setenta y ochenta, y la introducción, que es un trabajo más actual, es de 1990. Hasta esa época, y no se olvide que ya en los años treinta hay publicaciones de Bobbio [1], no se ocupó de los derechos humanos. El núcleo de su obra científica se sitúa en el ámbito de la Teoría del Derecho, de la Filosofía política y de la Historia del pensamiento jurídico y político, y él mismo reconoce que es difícil encontrar en sus escritos una Teoría de la Justicia, aunque creo que no es totalmente cierto, sino que se trata de un rasgo más de su modestia y de su gran sentido autocrítico [2]. En todo caso, *El tiempo de los derechos* es un mentís rotundo de esa afirmación.

Como casi toda su obra, el libro es expresión de plurales trabajos realizados en distintos momentos pero con una profunda unidad conceptual. Aunque no es una obra sistemática concebida de una sola vez, sí lo es en realidad porque el sistema está en la cabeza de Bobbio.

El libro se inicia con una introducción, que explicita la unidad de los distintos estudios, perfila el hilo conductor y plantea los principales temas que preocupan a Bobbio, en un diálogo muchas veces con el pensamiento español, al que, en este campo, atribuye gran importancia. Es cierto que en la cultura filosófica y jurídica de nuestro país se ha hecho un gran esfuerzo en los últimos veinte años por profundizar en el análisis del concepto, del fundamento y de la historia de los derechos, y que probablemente estemos en una situación que explica la relevancia que el profesor italiano nos otorga, y de la que me siento muy orgulloso, aunque abra nuevas perspectivas que seguirán exigiendo nuestra atención.

Siete trabajos sobre los problemas de fundamentación y de concepto de los derechos, y particularmente dos de ellos, resumen su pensamiento. Pienso especialmente en el que da título al libro, «L'Età dei diritti», inteligentemente traducido por «El Tiempo de los derechos», y en «Derechos del hombre y sociedad». El primero es la expresión escrita de una conferencia pronunciada en Madrid, por invitación del autor de estas líneas, y el segundo de un trabajo presentado en un Congreso de Sociología del Derecho celebrado en Bolonia.

Siguen tres trabajos sobre la Revolución Francesa al hilo del bicentenario, el tercero de ellos «Kant y la Revolución Francesa», inédito.

Por fin, cuatro trabajos sobre temas concretos vinculados a la problemática de los derechos, como la resistencia a la opresión, la pena de muerte (dos de ellos), y sobre la tolerancia, completan el libro que ahora se presenta en España. Este último, que me parece excelente, «Las razones de la tolerancia», lo incluyó Bobbio a última hora por sugerencia mía.

Tres de los artículos, «Igualdad y dignidad de los hombres», «¿Existen derechos fundamentales?» y «Gurvitch y los derechos sociales», no están en la edición italiana y sin embargo los añadimos en ésta, con la autorización del autor, porque nos parecen relevantes, especialmente el segundo de ellos, que plantea problemas centrales para entender el pensamiento de Bobbio.

Esta obra se enfrenta con los derechos fundamentales desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, más radical que el de las ciencias sectoriales como el Derecho Constitucional, el Internacional, el Procesal o el Administrativo, y sus preocupaciones centrales están en torno al fundamento, al origen, a la evolución histórica y al futuro de este concepto clave para la cultura jurídica de nuestro tiempo. Me parece que existen entre los filósofos del Derecho dos formas de aproximarse al tema: desde una ética de la autoridad y desde una ética de la razón. Las aproximaciones desde la ética de la autoridad son las que parten de un postulado previo dogmático o se basan en la autoridad de Dios, y entienden que la dignidad del hombre deriva de su condición de hijo de Dios. Son las éticas de la gracia cuya expresión se encuentra en las aportaciones de Finnis en Gran Bretaña, Cotta en Italia o Fernández Galiano en España. Bobbio rechazará estos planteamientos, que llama de «fundamento absoluto» porque dirá: «No dudo en afirmar que las explicaciones o justificaciones teológicas no me convencen...».

Por su parte, la perspectiva de las éticas de la razón es la de todas las concepciones laicas, desde el humanismo y la ilustración. Son las éticas de la libertad, aunque los derechos aparecerán históricamente en una situación de transición, donde coexiste la ética de la gracia y la de la libertad, en el iusnaturalismo racionalista.

De acuerdo con su trayectoria, Bobbio se situará en este segundo campo, y entre las dos opciones posibles, una ética abstracta o una ética racional inserta en la historia, se alineará en la segunda. Así, frente a posiciones como la de Dworkin, o en

España la de Francisco Laporta, contempla a los derechos como un concepto histórico, que «nacen al inicio de la Edad Moderna junto con la concepción individualista de la sociedad» y que «se convierten en uno de los indicadores principales del progreso histórico».

Por esa misma razón aceptará plenamente mi tesis de que los derechos siguen, desde su formulación inicial para limitar al poder absoluto, tres grandes procesos, de positivación, de generalización y de internacionalización, a los que añadirá un cuarto al que llama de especificación, con el que yo también estoy de acuerdo. Lo define como el paso del hombre genérico, del hombre en cuanto hombre, al hombre específico, en la especificidad de sus diferentes *status* sociales, tomando en consideración criterios distintos de diferenciación, el sexo, la edad, las condiciones físicas... Este proceso de especificación, en mi opinión y en relación a los titulares, conduce a los derechos de la mujer, a los derechos del niño, a los derechos del minusválido, pero también a los derechos del consumidor y del usuario, donde la especificidad deriva de la situación de inferioridad en la que se encuentran hombres y ciudadanos en determinadas relaciones. También creo que se puede hablar de especificación por los contenidos, en lo que Vasak llama nueva generación de los derechos, refiriéndose a los derechos al medio ambiente, al desarrollo, a la integridad genética o a la paz, planteados en los últimos años.

También en esa influencia de la cultura y de la historia anclará la aparición de los derechos sociales, «... que requieren una intervención directa del Estado», y así abordará todo un sistema teórico que tiene, al menos, las siguientes perspectivas:

1. La relación entre derechos humanos, democracia y paz, porque «sin derechos humanos reconocidos y protegidos no hay democracia; sin democracia no existen las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos...».

2. La desconfianza en la terminología derechos naturales o derechos morales: «... Nuevas necesidades nacen en relación al cambio de las condiciones sociales, y cuando el desarrollo técnico permite satisfacerlas. Hablar de derechos naturales o fundamentales, o inalienables, o inviolables, es usar fórmulas del lenguaje persuasivo que pueden tener una función práctica en un documento político para dar mayor fuerza a la exigencia, pero que no tienen valor teórico alguno y son, por tanto, completa-

mente irrelevantes en una discusión de Teoría del Derecho...».

3. El valor de los derechos del hombre que se sitúan en la zona de luz de la humanidad, y suponen el núcleo de legitimidad de los sistemas democráticos.

«Es en esta zona de luz donde coloco en primer lugar, junto con los movimientos ecologistas y pacifistas, el interés creciente de movimientos, partidos y gobiernos, por la afirmación, el reconocimiento y la protección de los derechos del hombre.»

4. El carácter antropocéntrico de la sociedad moderna, con el reconocimiento de la eminente dignidad del individuo. Así los problemas morales, con los derechos humanos, se consideran «... no sólo desde el punto de vista de la sociedad, sino del individuo...».

La lectura del libro de Bobbio será sin duda apasionante para los que se acerquen a él, como lo ha sido para mí, y encontrarán un lenguaje claro y correcto que favorece la comunicación y que debemos, en su versión castellana, al traductor. También aparecerá muy claro el talente del autor, del que podemos decir lo mismo que él dijo de Renato Treves, su gran amigo y gran impulsor de la Sociología jurídica:

> «... Quisiera llamar vuestra atención sobre la virtud que considero suprema de quien dedica la propia vida a la enseñanza universitaria y a la investigación científica: la fidelidad a su propia vocación... No ha dejado nunca de cultivar el estudio, serenamente, apasionadamente *Wissenchaft als besuf,* y ha cumplido su deber con espíritu crítico, ante todo hacia sí mismo...»

Esta hermosa obra confirma y culmina, hasta esperar a la próxima, toda una vida llena de esfuerzo y de agudeza intelectual.

GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ

NOTAS AL PROLOGO

[1] «Aspetti odierni della filosofia giuridica in Germania (F. Kaufmann e Schreier)», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto,* fasc. 4-5, julio-octubre, 1934, págs. 576-595, es el primer trabajo académico que recoge Carlo Viali, *Norberto Bobbio. 50 anni di studi 1934-1983,* Franco Angeli, Turín, 1984. Vid. asimismo la excelente bibliografía preparada por Alfonso Ruiz Miguel, como apéndice de su obra *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

[2] Hace Bobbio esa afirmación en una carta escrita al profesor Ruiz Miguel el 7 de junio de 1978 y reproducida por el profesor de la Autónoma en su libro citado (pág. 309).

Introducción *

Por sugerencia y con la ayuda de Luigi Bonanate y Michelangelo Bovero, recojo en este volumen los artículos principales, o que considero principales, que he ido escribiendo durante muchos años en torno al tema de los derechos humanos. El proble-

* Recogemos a continuación la introducción del libro original italiano *L'età dei diritti*. Como podrá observarse, en ella sólo se hace alusión a parte de los trabajos recogidos en este volumen, que son, por otro lado, los que componen aquel libro. Hemos creído oportuno traducirla porque en ella se contiene una síntesis del pensamiento del autor y además se apuntan nuevas perspectivas del problema de los derechos humanos.

Los trabajos que se han añadido y que, por lo tanto, no se aluden en la introducción ni están contenidos en el libro italiano son los tres siguientes: «Igualdad y dignidad de los hombres», «¿Existen derechos fundamentales?» y «Gurvitch y los derechos sociales». Son incluidos en este volumen, siempre con la autorización del autor, porque nos parecen que expresan, al igual que los otros,

ma está estrechamente conectado con el de la democracia y el de la paz, a los que he dedicado la mayor parte de mis escritos políticos. El reconocimiento y la protección de los derechos humanos están en la base de las Constituciones democráticas modernas. La paz es, a su vez, el presupuesto necesario para el reconocimiento y la efectiva protección de los derechos humanos, tanto en los Estados como en el sistema internacional. Al mismo tiempo, el proceso de democratización del sistema internacional, que es el camino obligado para la realización del ideal de la «paz perpetua», en el sentido kantiano de la palabra, no puede avanzar sin una extensión gradual del reconocimiento y protección de los derechos humanos por encima de los Estados. Derechos humanos, democracia y paz son tres elementos necesarios del mismo movimiento histórico: sin derechos humanos reconocidos y protegidos no hay democracia; sin democracia no existen las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos. Con otras palabras, la democracia es la sociedad de los ciudadanos, y los súbditos se convierten en ciudadanos cuando se les reconoce algunos derechos fundamentales; habrá una paz estable, una paz que no tenga la guerra como alternativa, sólo cuando seamos ciudadanos no ya solamente de este o aquel Estado, sino del mundo.

Mi primer escrito sobre este tema aparece en 1951: tiene su origen en una lección sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos impartida el 4 de mayo en Turín por invitación de la *Scuola di applicazione d'arma* [1]. Releyéndola ahora después de tantos años he advertido que en ella están contenidas, aunque solamente esbozadas, algunas tesis de las que no me he alejado nunca:

1. Los derechos naturales son derechos históricos.
2. Nacen al inicio de la Edad Moderna, junto con la concepción individualista de la sociedad.
3. Se convierten en uno de los indicadores principales del progreso histórico.

El primer ensayo de la selección es una de las dos ponencias introductorias (la otra había sido confiada a Perelman) del Con-

aspectos importantes del pensamiento de Bobbio sobre los derechos humanos, así como nos dan información sobre las posiciones de otros autores en relación a este tema *(N. del T.)*.

greso sobre el fundamento de los derechos del hombre, promovido por el Instituto Internacional de Filosofía, que se desarrolló en L'Aquila en septiembre de 1964, bajo la presidencia de Guido Calogero; en él confirmo y profundizo la tesis de la historicidad, en relación con la cual contesto no sólo la legitimidad, sino también la eficacia práctica de la investigación del fundamento absoluto. Sigue, con el título «Presente y porvenir de los derechos humanos», el texto de la conferencia que pronuncié en Turín en diciembre de 1967 en el Congreso nacional sobre derechos humanos organizado por la Sociedad italiana para la organización internacional, con ocasión del vigésimo aniversario de la Declaración Universal, en el que trazo a grandes rasgos las distintas fases de la historia de los derechos humanos, desde su proclamación hasta su positivación, desde su positivación en el interior de los Estados a la del sistema internacional, por ahora sólo en sus inicios, y, retomando el tema de su historicidad, obtengo un ulterior argumento sobre su continua expansión. El tercer escrito, que da título a la selección, «El tiempo de los derechos», es, con otro título, el discurso que pronuncié en la Universidad de Madrid en septiembre de 1987, por invitación del profesor Gregorio Peces-Barba Martínez, director del Instituto de Derechos Humanos de Madrid. En él afronto el tema, ya apuntado en los escritos precedentes, del significado histórico, o mejor filosófico-histórico, del vuelco en la relación Estado-ciudadanos, característico de la formación del Estado moderno: de la prioridad de los deberes de los súbditos a la prioridad de los derechos del ciudadano, al modo distinto de mirar la relación política, no ya prevalentemente desde el punto de vista del soberano, sino prevalentemente desde el punto de vista del ciudadano, en correspondencia con la afirmación de la teoría individualista de la sociedad frente a la organicista tradicional. Pongo particularmente en evidencia, por primera vez, cómo se ha producido la ampliación del ámbito de los derechos del hombre con el paso del hombre abstracto al hombre concreto, a través de un proceso de gradual diferenciación o especificación de las necesidades y de los intereses, de los que se exige su reconocimiento y protección. He presentado una reformulación posterior, y por ahora definitiva, de los temas de la historicidad y de la especificación de los derechos humanos en el ensayo «Derechos del hombre y sociedad», que escribí como ponencia introductoria al Con-

greso Internacional de Sociología del Derecho, desarrollado en Bolonia a finales de mayo de 1988, y que constituye el último capítulo de la primera parte de esta selección, dedicada a la discusión de problemas generales de teoría y de historia de los derechos humanos. Algunas páginas se dedican al debate teórico por excelencia, tormentoso, sobre el concepto de derecho aplicado a los derechos humanos. Volveremos a él un poco más adelante.

En la segunda parte he recogido tres discursos sobre los derechos del hombre y la Revolución Francesa: el primero, pronunciado el 14 de diciembre de 1988 en Roma con ocasión de la inauguración de la nueva biblioteca de la Cámara de los Diputados, por invitación de su presidenta, Nilde Jotti; el segundo, en septiembre de 1989, en la Fundación Giorgio Cini di Venezia, inaugurando un curso sobre la Revolución Francesa; el tercero, en la ceremonia en la que me fue conferido el doctorado *honoris causa* por la Universidad de Bolonia, el 6 de abril de 1989. Este último, tomando como punto de partida la filosofía del Derecho y de la historia de Kant, termina prestando particular atención a la teoría kantiana del Derecho cosmopolita, que puede ser considerada como la conclusión de la argumentación hasta aquí planteada sobre el tema de los derechos humanos y al mismo tiempo como el punto de partida de nuevas reflexiones [2].

La tercera parte comprende escritos sobre temas particulares, que se conectan más o menos directamente con el tema principal: «La resistencia a la opresión, hoy» fue leída como ponencia en el Congreso de estudios «Autonomía y derecho de resistencia», desarrollado en Sásari en mayo de 1971, promovido por el profesor Pierangelo Catalano; los dos escritos sobre la pena de muerte fueron concebidos, el primero para la IV Asamblea Nacional de Amnesty International, celebrada en Rímini en abril de 1981, el segundo para el Congreso internacional «La pena de muerte en el mundo», desarrollado en Bolonia en octubre de 1982; el ensayo sobre la tolerancia, finalmente, fue leído en el Congreso «La intolerancia: iguales y diferentes en la historia», celebrado en Bolonia en diciembre de 1985 [3].

En estos escritos se discuten problemas históricos y teóricos. En sede histórica sostengo que la afirmación de los derechos humanos deriva de un cambio radical de perspectiva, característico de la formación del Estado moderno, en la representación de la

relación política, es decir, en la relación Estado-ciudadano o soberano-súbdito: relación que es observada cada vez más desde el punto de vista de los derechos de los ciudadanos y no de los súbditos, antes que desde el punto de vista de los poderes del soberano, en correspondencia con la visión individualista de la sociedad [4], según la cual para comprender la sociedad es necesario partir de la base, es decir, de los individuos que la componen, en oposición a la tradicional concepción orgánica, según la cual la sociedad como todo está antes que los individuos. El cambio de perspectiva, que se convierte desde entonces en irreversible, es provocado principalmente por las guerras de religión que se producen al inicio de la Edad Moderna, a través de las cuales se afirma el derecho de resistencia a la opresión, que presupone un derecho todavía más sustancial y originario, el derecho del individuo aislado a no ser oprimido, es decir, a gozar de ciertas libertades fundamentales: fundamentales porque son naturales, y naturales porque pertenecen al hombre en cuanto tal y no dependen del beneplácito del soberano, siendo la principal la libertad religiosa. Esta inversión está estrechamente conectada con la afirmación de lo que he llamado el modelo iusnaturalista en contraposición a su eterno adversario siempre renaciente y nunca derrotado definitivamente, el modelo aristotélico [5]. El camino continuo, aunque muchas veces interrumpido, de la concepción individualista de la sociedad conduce lentamente desde el reconocimiento de los derechos del ciudadano de un Estado al reconocimiento de los derechos del ciudadano del mundo, del que ha sido el primer anuncio la *Declaración Universal de Derechos Humanos;* desde el Derecho interno de los Estados, a través del Derecho entre los Estados, al Derecho cosmopolita, por usar una expresión kantiana, que no ha tenido todavía la acogida que merece en la teoría del Derecho. «La Declaración ha favorecido —escribe un reconocido internacionalista en un reciente escrito sobre derechos humanos— la aparición, aunque débil, tenue y tímida, del individuo en el interior de un espacio antes reservado exclusivamente a los Estados soberanos. Ha puesto en marcha un proceso irreversible, del cual todos deberemos alegrarnos» [6].

Desde el punto de vista teórico he sostenido siempre, y continúo haciéndolo, que los derechos humanos, por muy fundamentales que sean, son derechos históricos, es decir, nacen gra-

dualmente, no todos de una vez y para siempre, en determinadas circunstancias, caracterizadas por luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes [7]. El problema del fundamento, sobre el que parece que todos los filósofos están llamados a dar su propio parecer, o mejor del fundamento absoluto, irresistible, indiscutible, de los derechos humanos, es un problema mal planteado [8]: la libertad religiosa es efecto de las guerras de religión, las libertades civiles, de las luchas de los parlamentos contra los soberanos absolutos, la libertad política y las sociales, del nacimiento, crecimiento y madurez del movimiento de los trabajadores asalariados, de los campesinos con pocas posesiones o de los jornaleros, de los pobres que exigen a los poderes públicos no sólo el reconocimiento de la libertad personal y de la libertad negativa, sino también la protección del trabajo frente al paro, y los instrumentos primarios de instrucción contra el analfabetismo, y sucesivamente la asistencia de la invalidez y la vejez, todas necesidades que los propietarios acomodados podían satisfacer por sí mismos. Junto a los derechos sociales, que han sido llamados derechos de la segunda generación, hoy han aparecido los llamados derechos de la tercera generación, que a decir verdad constituyen una categoría demasiado heterogénea y vaga para comprender exactamente de qué se trata [9]. El más importante es el reivindicado por los movimientos ecologistas: el derecho a vivir en un ambiente no contaminado. Pero se presentan ya nuevas demandas que no sabría si llamar de la cuarta generación, referidas a los efectos cada vez más desconcertantes de la investigación biológica que permitirá manipulaciones del patrimonio genético de cada individuo aislado [10]. ¿Cuáles serán los límites de esta posible, y en el futuro cada vez más cierta, manipulación? Otra prueba, si es que aún es necesaria, de que los derechos no nacen todos en un momento. Nacen cuando deben o pueden nacer. Nacen cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre, que acompaña inevitablemente al progreso técnico, es decir, al progreso de la capacidad del hombre de dominar la naturaleza y a los demás, crea nuevas amenazas a la libertad del individuo o bien descubre nuevos remedios a su indigencia: amenazas que se desactivan con exigencias de límites al poder; remedios que se facilitan con la exigencia de intervenciones protectoras del mismo poder. A las primeras corresponden los derechos de libertad o a una abstención del Es-

tado, a los segundos, los derechos sociales o a un actuar positivo del Estado. Aun cuando las demandas de los derechos pueden ser dispuestas cronológicamente en distintas fases o generaciones, las especies son siempre, respecto a los poderes constituidos, solamente dos: o impedir sus maleficios u obtener sus beneficios. En los derechos de la tercera o de la cuarta generación puede haber derechos tanto de una como de otra especie.

En uno de los ensayos, «Derechos del hombre y sociedad», pongo en particular evidencia la proliferación, contrastada por algunos, de las demandas de nuevos reconocimientos y protecciones en el paso de la consideración del hombre abstracto a la del hombre contemplado en sus distintas fases de la vida y en sus distintos estados. Los derechos de la tercera generación, como el de vivir en un ambiente no contaminado, no habrían podido ser ni imaginados cuando fueron propuestos los de la segunda generación, así como éstos, por ejemplo el derecho a la enseñanza obligatoria o el de la asistencia, no eran siquiera concebibles cuando aparecieron las primeras declaraciones del siglo XVIII. Ciertas exigencias nacen sólo cuando nacen ciertas necesidades. Nuevas necesidades nacen en relación al cambio de las condiciones sociales, y cuando el desarrollo técnico permite satisfacerlas. Hablar de derechos naturales o fundamentales, o inalienables, o inviolables es usar fórmulas del lenguaje persuasivo que pueden tener una función práctica en un documento político para dar mayor fuerza a la exigencia, pero que no tienen valor teórico alguno, y son, por tanto, completamente irrelevantes en una discusión de Teoría del Derecho.

Por lo que se refiere al significado de «derecho» en la expresión «derechos humanos», el debate es permanente y confuso [11]. A aumentar la confusión ha contribuido el encuentro cada vez más frecuente entre juristas de tradición y cultura continental y juristas de tradición anglosajona, que utilizan a menudo expresiones distintas usando las mismas palabras. La distinción clásica en el lenguaje de los juristas continentales es entre derechos naturales y derechos positivos. De Inglaterra y de los Estados Unidos, creo que por influencia sobre todo de Dworkin, se añade la distinción entre *moral rights* y *legal rights,* que es intraducible, y lo que es peor, en una tradición en la que Derecho y moral son dos esferas bien diferenciadas de la vida práctica, incomprensibles: en italiano, la expresión *diritti legali* o *giuridici* suena

a redundante, la expresión «derechos morales» suena contradictoria. No dudo que un jurista francés tendría la misma aversión a hablar de *droits moraux* y un alemán de *moralische Rechte*. ¿Y entonces? ¿Debemos renunciar a entendernos? El único modo de entenderse está en tomar en consideración la comprobación entre las dos distinciones, para las que «derechos morales» contrapuesto a «derechos legales» ocupa el mismo espacio que «derechos naturales» contrapuesto a «derechos positivos». Se trata en ambos casos de una contraposición entre dos sistemas normativos distintos, en los cuales lo que cambia es el criterio de distinción. En la distinción entre *moral rights* y *legal rights*, el criterio es el fundamento, en la distinción entre «derechos naturales» y «derechos positivos» es el origen. Pero en los cuatro casos, la palabra «derecho» en sentido de derecho subjetivo (precisión superflua en inglés, porque *right* tiene solamente el sentido de derecho subjetivo) hace referencia a un sistema normativo, ya sea éste llamado moral o natural, jurídico o positivo. Igual que no es concebible un derecho natural fuera del sistema de las leyes naturales no hay otra forma de comprender qué significa *moral right* sino refiriéndolo a un conjunto, complejo o sistema de leyes que suelen llamarse morales, aunque no está nunca claro cuál es su propio *status* (como, por otro lado, no ha estado nunca claro cuál es el *status* de las leyes naturales).

Estoy de acuerdo con aquellos para quienes «derecho» es una figura deóntica, que tiene un sentido preciso sólo en el lenguaje normativo. No hay derecho sin obligación, y no hay ni derecho ni obligación sin una norma de conducta. La expresión no usual «derechos morales» se convierte en menos áspera cuando se plantea en relación con la expresión corriente «obligaciones morales». La vieja objeción de que no se pueden dar derechos sin obligaciones correlativas, pero sí pueden darse obligaciones sin derechos, deriva de la confusión entre dos sistemas normativos distintos. Cierto, no se puede pretender que a una obligación moral corresponda un derecho legal porque a una obligación moral puede corresponderle solamente un derecho moral. El ejemplo corriente, según el cual de la obligación moral de dar limosna no nace el derecho a exigirla, es engañoso, porque lo que este ejemplo muestra es solamente que de una obligación moral no nace una obligación jurídica. ¿Pero puede decirse lo mismo del derecho moral? ¿Qué sentido puede tener la expresión «derecho

moral» si no la de derecho correlativo a una obligación moral? Lo que para los juristas es un *ius imperfectum* puede ser un *ius perfectum* desde el punto de vista moral. Sé bien que una tradición milenaria nos ha habituado a un uso restringido del término *ius* limitado a un sistema normativo que tiene una fuerza vinculante mayor que la de los demás sistemas, morales o sociales, pero cuando se introduce la noción «derecho moral», se introduce necesariamente también la correlativa «obligación moral». Tener un derecho moral en relación con alguien significa que hay alguien que tiene una obligación moral frente a mí. No está claro que el lenguaje moral deba servirse de las dos figuras deónticas del derecho o de la obligación, que son más propias del lenguaje jurídico, pero, en el momento mismo en el que esto se produce, la afirmación de un derecho implica la de un deber, y viceversa. Si la afirmación del derecho precede temporalmente a la de deber o al contrario, es un suceso puramente histórico, una cuestión de hecho: por poner un ejemplo, un tema debatido hoy desde distintas perspectivas es el de las obligaciones de los contemporáneos hacia las generaciones futuras. Pero el mismo tema puede ser considerado desde el punto de vista de los derechos de las futuras generaciones hacia nosotros. Que se comience por las obligaciones de unos o por los derechos de otros es, respecto a la sustancia del problema, absolutamente indiferente. ¿Las generaciones futuras tienen derechos respecto a nosotros porque tenemos obligaciones hacia ellos, o viceversa? Basta plantear la pregunta en estos términos para darse cuenta de que la lógica del lenguaje muestra la absoluta inconsistencia del problema.

A pesar de las tentativas innumerables de análisis definitorios, el lenguaje de los derechos permanece muy ambiguo, poco riguroso y usado a menudo retóricamente. Nada prohíbe que se use el mismo término para indicar los derechos solamente proclamados en una declaración aunque sea solemne y aquellos eficazmente protegidos en un ordenamiento jurídico inspirado en los principios del constitucionalismo, con juicios imparciales y formas distintas de poder ejecutivo en las decisiones de los jueces. ¡Pero entre los unos y las otras hay una buena diferencia! Ya la mayor parte de los derechos sociales, los llamados derechos de la segunda generación, que tienen una buena muestra en todas las declaraciones nacionales e internacionales, no son realmente protegidos. ¿Qué puede decirse de los derechos de la tercera y

cuarta generación? Hasta ahora lo único que puede decirse es que son expresiones de aspiraciones ideales a las que dar el nombre de «derechos» sirve únicamente para atribuirles un título de nobleza. Proclamar el derecho de los individuos de cualquier parte del mundo (los derechos humanos son de por sí universales) a vivir en un ambiente no contaminado no quiere decir otra cosa que expresar la aspiración a obtener una legislación futura que imponga límites al uso de sustancias contaminantes. Pero una cosa es proclamar este derecho, y otra satisfacerlo efectivamente. El lenguaje de los derechos tiene sin duda una gran función práctica, que es la de dar particular fuerza a las reivindicaciones de los movimientos que exigen para sí y para los demás la satisfacción de nuevas necesidades materiales y morales, pero se convierte en engañosa si oscurece u oculta la diferencia entre el derecho reivindicado y el reconocido y protegido. No se explicaría la contradicción entre la literatura enaltecedora del tiempo de los derechos [12] y la denunciante del conjunto de los «sin derechos» [13]. Pero los derechos de los que habla la primera son solamente los preanunciados en las asambleas internacionales y en los congresos, los derechos de los que habla la segunda son los que la gran mayoría de la humanidad no poseen de hecho (aunque sean solemne y repetidamente proclamados).

NORBERTO BOBBIO
(Turín, octubre 1990)

NOTAS A LA INTRODUCCION

[1] «La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo», en AA. VV., *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo,* Arti Grafiche Plinio Castello, Turín, 1951, págs. 53-70. Me había ocupado ya del problema, aunque de forma marginal, en el «Prefacio» a la traducción italiana de *La Dichiarazione dei diritti sociali* de Georges Gurvitch, Edizioni di Comunità, Milán, 1949, págs. 13-27.

[2] Véase también mi «Introduzione» a I. Kant, *Per la pace perpetua,* preparado por N. Merker, Editori Riuniti, Roma, 1985, págs. VII-XXI.

[3] Otros escritos míos sobre derechos humanos se encuentran en el libro *Il Terzo assente. Saggi e discorsi sulla pace e sulla guerra,* preparado por Pietro Polito, Edizioni Sonda, Milán, 1989. No están comprendidos ni en este volumen ni en la presente selección «Il preambolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo», en *Rivista di diritto internazionale,* LVII (1973), págs. 437-55; «Diritti dell'uomo e diritti del cittadino nel secolo XIX in Europa», en AA. VV., *Grundrechte im 19. Jahrhundert,* Peter Lang, Frankfurt am Main, 1982,

págs. 11-15; «Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti», en *Mondoperaio,* XLI (1988), núm. 3, págs. 57-60.

[4] Sobre este tema la literatura es inmensa. Pero me complace citar aquí, porque es menos conocido, el libro de Celso Lafer, *A Reconstruçao dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt,* Companhia das Letras, São Paulo, 1988, que contiene algunas páginas notables sobre el individualismo y su historia, también en relación con el pensamiento de Arendt.

[5] Me refiero particularmente a mi escrito «Il modello giusnaturalistico», en N. Bobbio-M. Bovero, *Società e stato nella filosofia politica moderna,* Il Saggiatore, Milán, 1979, págs. 17-109.

[6] A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo,* Laterza, Bari, 1988, pág. 143. [Hay versión castellana: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo,* trad. de A. Pentimalli y B. Ribera de Madariaga, Ariel, Madrid, 1991.]

[7] Que los derechos humanos son derechos históricos, nacidos en la Edad Moderna como consecuencia de la lucha contra el Estado absoluto, es una de las tesis centrales del ensayo, históricamente bien documentado, de G. Peces-Barba Martínez, «Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales», en *Anuario de Derechos Humanos,* publicado por el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, vol. IV, 1986-87, págs. 219-58. Para la historia de los derechos humanos desde el punto de vista de su reconocimiento, que es además el único punto de vista apropiado, me remito al ensayo de G. Pugliese, «Appunti per una storia della protezione dei diritti dell'uomo», en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile,* XLIII (1989), núm. 3, págs. 619-59.

[8] Sobre el tema, con referencias frecuentes a mi posición, puede consultarse últimamente el volumen que recoge el debate desarrollado en Madrid entre el 19 y el 20 de abril de 1988 y publicado con el título *El fundamento de los derechos humanos,* edición a cargo de G. Peces-Barba Martínez, Editorial Debate, Madrid, 1989. Del mismo autor en ese volumen, «Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de moral y derecho», págs. 265-77, que contiene la expresión más reciente de las reflexiones que el autor ha realizado durante años sobre el problema de los derechos humanos, comenzando por el libro *Derechos fundamentales,* 1976, varias veces reimpreso.

[9] La figura de los derechos de la tercera generación ha sido introducida en la cada vez más amplia literatura sobre los «nuevos derechos». En el artículo «Sobre la evolución contemporánea de la teoría de los derechos del hombre», su autor, Jean Rivera, comprende entre estos nuevos derechos al de solidaridad, al derecho al desarrollo, al de la paz internacional, al derecho a un ambiente protegido, y al de la comunicación. Después de esta enumeración es natural que el autor se pregunte si es posible hablar todavía de derechos en sentido estricto o si se trata de simples aspiraciones o deseos («Corrientes y problemas en Filosofía del Derecho», en *Anales de la cátedra Francisco Suárez,* 1985, núm. 25, pág. 193). En el libro ya citado, Lafer habla de los derechos de la tercera generación sobre todo como derechos, que no tienen por sujeto a los ciudadanos ni a los individuos, sino a los grupos humanos, como la familia, el pueblo, la nación y la misma humanidad (pág. 131). Sobre el derecho a la paz véanse las reflexiones de A. Ruiz Miguel, «¿Tenemos derecho a la paz?», en *Anuario de Derechos Humanos,* publicado por el Instituto de Derechos Humanos de Madrid, preparado por G. Peces-Barba Martínez, núm. 3, 1984-85, págs. 387-434; este autor a vuelto sobre el tema en el libro *La justicia de la guerra y de la paz,* Centro de Estu-

dios Constitucionales, Madrid, 1988, págs. 271 y sigs. También sobre los derechos de la tercera generación A. E. Pérez Luño, «Concepto y concepción de los derechos humanos», *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1987, núm. 4, págs. 56 y sigs.: refiriéndose al derecho a la paz, los derechos de los consumidores, a la calidad de vida, a la libertad informática, y conecta su nacimiento con el desarrollo de nuevas tecnologías.

[10] Sobre este tema existe ya una notable literatura, especialmente anglosajona, de la que da noticia Bartha Maria Knoppers, «L'integrità del patrimonio genetico: diritto soggettivo o diritto dell'umanità?», en *Politica del diritto*, XXXI, núm. 2, junio 1990, págs. 341-61.

[11] Para esta parte he obtenido muchas ideas del debate sobre «El concepto de derechos humanos», en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1987, págs. 23-84, con distintas intervenciones sobre la base de la ponencia de Francisco Laporta, y con conclusiones de Eugenio Bulygin, *Sobre el* status *ontológico de los derechos humanos*, págs. 79-84, con las cuales estoy sustancialmente de acuerdo. En el debate se ha discutido ampliamente si el concepto de derecho ha de entenderse como concepto normativo o bien si no es aceptable la expresión «derechos morales», y eventualmente qué sentido se le puede dar. Para la crítica del concepto «derechos morales» y otras consideraciones que comparto, R. Vernengo, «Dos ensayos sobre problemas de fundamentación de los derechos humanos», en *Cuadernos de Investigaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrogio L. Gioia*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1989, en particular su primer ensayo, «Fundamentaciones morales de los derechos humanos», págs. 4-29. Anteriormente también Peces-Barba Martínez en el ensayo ya citado, «Sobre el puesto de la historia en el concepto de derechos fundamentales», pág. 222. También en Italia se ha desarrollado recientemente un debate sobre estos temas: me refiero en particular a F. Fagiani, «Etica e teoria dei diritti» y a L. Gianformaggio, «Rapporto fra etica e diritto,» en AA. VV., *Teorie etiche contemporanee*, Bollati-Boringhieri, Turín, 1990, págs. 86-107 y 149-61. Más en general, el libro de F. Viola, *Diritti dell'uomo diritti naturale etica contemporanea*, Giappichelli, Turín, 1989.

[12] Sobre la importancia del reconocimiento de los derechos humanos en la fase actual de la humanidad ha incidido con autoridad en uno de sus últimos escritos Norbert Elias en el ensayo «Pianeta dei diritti», en *Rinascita*, I, núm. 17, junio 1990.

[13] En la misma revista, L. Bertozzi, «Uomini senza diritti», *Rinascita*, I, núm. 27, 12 de agosto de 1990, págs. 72-74, que relata las denuncias de las violaciones de los derechos humanos en el mundo hechas por Amnesty International en su último informe anual. Para una documentación italiana, véase G. Ricordy, *Senzadiritti. Storie dell'altra Italia*, Feltrinelli, Milán, 1990.

PRIMERA
PARTE

I

Gurvitch y los derechos sociales

Una de las formas más interesantes en las que se presenta, en la cultura contemporánea, la polémica contra el Estado moderno es el *pluralismo jurídico.* De este movimiento de ideas, poco conocido y difundido en Italia, Georges Gurvitch, filósofo, sociólogo y jurista, es hoy el teórico más sólido y el portavoz más autorizado. Quien quiera comprender la doctrina de este filósofo militante batallador e incansable, fiel como ningún otro a sus propias ideas, deberá detenerse a examinar las formas asumidas por la crítica antiestatalista que acompaña, interpreta y promueve la denominada crisis del Estado moderno.

La esencia del Estado moderno, tal como se viene construyendo con la formación de las grandes monarquías tras la disolución de la sociedad medieval, es la soberanía, es decir, el poder por encima del cual no existe ningún poder superior *(potes-*

tas superiorem non recognoscens). Desde el punto de vista de la estructura formal del Estado, las consecuencias de la soberanía, de esta *summa potestas* única y unitaria, ya sea de origen divino (teorías del Derecho divino de los reyes) o de origen humano (teorías contractualistas), son: la reducción de todo Derecho a Derecho del Estado, a través de la gradual eliminación de los ordenamientos jurídicos inferiores y superiores al Estado (como las corporaciones y como la Iglesia universal y el Imperio); la reducción de todo el Derecho estatal a la voluntad del soberano, esto es, a la ley, a través de la gradual desautorización de las otras fuentes tradicionales del Derecho, como la costumbre, la decisión judicial y la doctrina de los juristas. Se puede hablar, en el primer caso, de monopolio del Derecho por parte del Estado; en el segundo, de monopolio del Derecho estatal por parte de la ley. A través de estos dos procesos de *reductio ad unum,* el Estado adquire una estructura unitaria («no existe otro Derecho sino el del Estado») y un único fundamento («no existe otro Derecho estatal distinto de la ley o voluntad del soberano»).

De esta fase de desarrollo del Estado moderno el teórico más clarividente y más coherente es Thomas Hobbes, quien a este ordenamiento, único y soberano, ha dado, junto con la justificación doctrinal, un nombre que se ha hecho famoso: Leviatán. Para Hobbes, fuera del Derecho positivo del Estado, no existe Derecho alguno: ni el Derecho natural que desaparece con la aparición del Estado; ni el Derecho internacional, porque los Estados en sus relaciones recíprocas están en el estado de naturaleza de guerra perpetua; ni el ordenamiento de la Iglesia que se identifica con el del Estado; ni, por fin, los ordenamientos inferiores que poseen una potestad sólo mediata. Además, fuera de la voluntad del soberano no existe, para Hobbes, otra fuente de Derecho: la costumbre sólo adquiere eficacia jurídica si es reconocida por el soberano. Por consiguiente, en el pensamiento de Hobbes, Derecho y Estado, Derecho y ley, ley y Estado, coinciden: es justo lo que manda el soberano, e injusto lo que prohíbe. La ley, como tal, es siempre justa. ¿Y cómo podría ser de otro modo si no existe una pluralidad de ordenamientos jurídicos, y la ley estatal, en cuanto el Derecho es todo del Estado y el Derecho estatal es todo de la ley, es la forma única y originaria del Derecho y del delito?

Contra el Estado-Leviatán se han manifestado todas las corrien-

tes políticas relevantes hoy en día; pero cada una de ellas parte de diversas posiciones y se vale de diferentes medios. La *doctrina liberal* de origen iusnaturalista revaloriza, frente al Derecho positivo del Estado, los *derechos naturales* de los individuos. Estos derechos, en cuanto dictados por la naturaleza y no impuestos por una autoridad externa, son anteriores al Estado y constituyen, por tanto, para la autoridad política un límite insuperable. El *constitucionalismo,* nacido de la experiencia política inglesa, contempla la soberanía en su aspecto de poder unitario y busca hacerla inofensiva, no limitándola por el exterior, sino descomponiéndola en el interior: de aquí nace la célebre teoría de la *división de poderes. Las doctrinas democráticas* desplazan la soberanía de uno a muchos, idealmente a todos, de modo que cada uno tenga participación en el poder estatal y, por consiguiente, obedeciendo a todos no se obedezca de hecho a ninguno: se trata de la no menos célebre teoría de la *soberanía popular.* Finalmente, el *socialismo científico,* considerando al Estado como el instrumento de dominación de la clase dominante, afirma que la abolición de las clases en la sociedad socialista llevará inevitablemente a la extinción del Estado, esto es, al *autogobierno de la sociedad.*

El *pluralismo jurídico,* aun persiguiendo el mismo fin ideal, recorre un camino que no coincide con ninguno de los hasta ahora indicados: no limita al Estado desde el exterior como la doctrina liberal, no lo divide en el interior como el constitucionalismo, no lo distribuye entre todos como la democracia, y no lo hace utópico hasta hacerlo morir como el marxismo. El pluralismo arranca de los orígenes mismos del Estado moderno, estudia el proceso de su formación y determina su esencia. La característica del Estado moderno, como se ha dicho, es el monopolio del poder jurídico. Para combatir la prepotencia del Estado no hay, por tanto, según la lógica apremiante de los pluralistas, más que una vía: arrebatarle este monopolio. De ahí el problema: ¿existen otros ordenamientos jurídicos fuera del Estado, otras fuentes de Derecho que no sea la ley del Estado? La respuesta de los pluralistas suena más o menos, salvo diferencias individuales, de este modo: el Estado no es más que uno de los posibles ordenamientos jurídicos, entre los cuales el hombre desarrolla su vida social, precisamente es el ordenamiento jurídico de la sociedad *política.* Pero el hombre no es solamente un animal

político, sino también económico, religioso, etc.; no es solamente consumidor, sino productor; no es sólo miembro de una determinada nación, sino también de la humanidad. Toda actividad social del hombre que no sea actividad política se desarrolla, o se debería desarrollar, en sociedades distintas del Estado. Cada una de estas sociedades, en cuanto son un conjunto de actos humanos ordenados hacia un fin, tiene su organización, esto es, un complejo de normas que regulan su estructura y dirigen los actos de los individuos que la forman; en una palabra, toda sociedad tiene su Derecho. El monopolio del Derecho por parte del Estado no es sino un episodio histórico de aplastamiento por parte de la sociedad política territorial (nacional) de las otras infinitas sociedades, sean funcionales (como las sociedades profesionales, con fines económicos, religiosos, etc.), sean suprafuncionales (como la sociedad internacional); o mejor, es el proceso a través del cual se ha realizado gradualmente en la época moderna la subordinación de la religión, de la economía, de la cultura, a la política (subordinación que encuentra su punto límite en el Estado totalitario que representa, por expresarlo con una fórmula, la reducción radical de la vida humana a política). Para derribar esta supremacía del «político», esto es, del Estado como única sociedad jurídica, sobre todas las otras formas de vida asociada conviene, según los pluralistas, revivir al lado y por encima del Estado otros centros productores de Derecho que se constituyan y se desenvuelvan independientemente del Estado e incluso en competencia con él.

La doctrina pluralista quiere, como la doctrina liberal, una limitación del Estado, pero una limitación que no derive del Derecho natural de los individuos aislados, sino del Derecho positivo de los grupos. Exige, además, una división del poder estatal como la doctrina constitucionalista; pero la división no es buscada en el interior del poder del Estado, sino fuera. Al igual que la democracia, alarga las bases de la soberanía, pero el individuo es soberano no sólo en cuanto ciudadano, sino también en cuanto productor, consumidor, hombre, etc. Parte del mismo presupuesto teórico que el socialismo científico: del vuelco de la tradicional relación sociedad-Estado, afirmando que el Estado no sólo no es superior, sino inferior a la sociedad, de la cual es una expresión históricamente determinada; no prevé, sin embargo, la extinción del Estado, sino solamente la reducción de su es-

fera de actividad. El pluralismo tiene algo de todas las corrientes jurídicas, pero no se identifica con ninguna de ellas. Tiene un planteamiento propio para considerar y resolver el problema de la crisis del Estado, que deriva del acento que pone sobre uno de tantos aspectos del Estado moderno, quizá el menos notable, ciertamente el menos llamativo, sobre lo que habíamos definido como la gradual formación de la unidad del Derecho bajo la égida del poder político.

Varias y complejas son las corrientes del pensamiento político y jurídico que aquí confluyen. Podríamos distinguir principalmente dos: de un lado, la tradición del socialismo democrático, del federalismo social de Proudhon al *socialismo guildista* de Cole y, en un primer tiempo, de Laski; de otro, la tradición del Derecho social, del *Genossenschaftsrecht* de Gierke a la doctrina institucionalista de Hauriou y de Renard. En cuanto al *humus* filosófico en el que el pluralismo hubiese crecido, se ha hablado, a propósito sobre todo de las corrientes anglosajonas, de pragmatismo, en particular del empirismo pluralista de W. James [1].

A estas dos tradiciones y a esta dirección de pensamiento se une explícitamente Georges Gurvitch, el cual, en su libro principal, *L'idée du droit social* (París, 1932), haciendo una amplia exposición histórica del Derecho social en la Edad Moderna, se detiene con particular complacencia tanto en Proudhon como en Gierke y Hauriou; y en el libro posterior, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit* (París, 1935), trazando las líneas de una concepción filosófica que debiera justificar la doctrina y el método del pluralismo jurídico, considera también al empirismo integral de James entre las corrientes generadoras del propio pensamiento. Sin embargo, no son éstas sólo las corrientes espirituales que componen la rica y un poco heterogénea cultura de Gurvitch. Está abierto a las influencias de la tradición filosófica alemana, en particular al idealismo social de Fichte, que es uno de sus autores preferidos [2], y del cual obtiene la inspiración fundamental para su concepto de «transpersonalismo». Interesado por nuevas cosas, ansioso de nuevas experiencias intelectuales —y éste es ciertamente uno de los lados interesantes, si bien un poco inquietante, de su personalidad—, fue uno de los primeros escritores en Francia en interesarse por la fenomenología. Y también algunos elementos esenciales de esta corrien-

te de pensamiento entrarán a formar parte de su *Weltanschauung* —sobre todo la doctrina de la intuición de los valores (Scheler)— [3]. Por lo demás, también deriva de su larga estancia en Francia algunas inspiraciones directas: dos sobre todo son los autores a los que no duda en atribuir un valor decisivo para la formación de su empirismo integral, de un lado Bergson y de otro Federico Rauh [4]. Por último, emigrado a los Estados Unidos, ha recogido ampliamente, aunque de forma cuidadosa, en la voluminosa obra publicada en este país [5], un abundante material de datos y reflexiones de la producción sociológica americana. Aunque estuvo extremadamente atento para no dejarse condicionar por las experiencias culturales de las que se alimenta, no siempre se puede decir que haya conseguido dominar las influencias que recibía de tantas fuentes distintas. Así, se perciben aquí y allí, superposiciones de planos, confluencias contrastadas, cohabitaciones forzadas de principios dispares. Filosóficamente se tiene la impresión de que no logra sobrepasar los límites de un inteligente y docto sincretismo.

El sistema jurídico de Gurvitch está enraizado en un concepto fundamental: el de *Derecho social* [6]. Partiendo de la concepción que llama «transpersonalista» de la sociedad como totalidad inmanente —totalidad en cuanto es irreducible a la suma de sus miembros, inmanente en cuanto no se contrapone a ellos ni como objeto externo ni como personalidad superior—, considerando la totalidad inmanente como síntesis dinámica de lo individual y lo universal, de los muchos y del uno, Gurvitch ve en el Derecho social el Derecho característico de la comunidad, Derecho que surge del hecho mismo de la unión asociativa y tiene como función la integración de los individuos en la totalidad. Como Derecho de integración social, se contrapone tanto al Derecho de coordinación que regula las relaciones individuales entre personas singulares no integradas en una comunidad, cuanto al Derecho de subordinación que es la forma degenerada del Derecho social propia del Estado no democrático, en el cual el proceso de integración recíproca de todos los miembros en el todo social está roto por la supremacía de una relación de dominio de pocos sobre muchos. El Derecho social es un hecho natural de toda comunidad humana, incluso si ésta no ha llegado todavía a la fase de su organización. No hay necesidad de un acto de voluntad para hacerlo surgir, como sucede en las relaciones individuales,

y también en aquellas relaciones individuales degeneradas que son las de dominio. Por consiguiente, toda comunidad tiene su Derecho social. Aquello que distingue al Estado de las otras sociedades no es una supremacía jurídica y menos aún la exclusividad de la forma jurídica, sino simplemente el hecho de que la coacción de la que se vale para obtener la observancia de las normas es incondicionada, esto es, sin posibilidad de sustraerse, mientras en todas las otras sociedades es condicionada. Existe, por tanto, junto y sobre el Derecho del Estado un Derecho social puro e independiente, que en caso de conflicto con el Derecho del Estado se muestra equivalente o incluso superior a él. Formas típicas de este Derecho son, según Gurvitch, el Derecho internacional, el Derecho de la comunidad nacional superfuncional, el Derecho económico y el de la Iglesia.

Esta distinción entre comunidad social y Estado no implica la exclusión del Estado del orden del Derecho social, sino solamente de aquella forma de Estado que se caracteriza por el derecho de subordinación. Existe de hecho una forma ideal de Estado que no contrasta con el Derecho social, sino que representa, al contrario, uno de los modos de actuación del mismo: el Estado democrático. En un estudio escrito en 1927 y reimpreso en el volumen ya citado sobre la experiencia jurídica, *Le principe démocratique et la démocratie future,* escribe: «El Derecho social es la esencia misma de la democracia. Simboliza jurídicamente y encarna en sí la idea de autogobierno colectivo a base de igualdad y de libertad... La democracia es el Derecho social organizado, la soberanía del Derecho social es la democracia» (págs. 263 y 205). Todo grupo social en cuanto es constituido sobre el Derecho social es democrático. El Estado democrático es, por tanto, el Estado fundado no ya sobre el derecho de subordinación, sino sobre el de integración. Mientras Estado de dominio y sociedad están en contraste, Estado democrático y sociedad progresan a la par y se integran recíprocamente con el fin de realizar una sociedad verdaderamente democrática. Pero, ¿con qué recursos y a través de qué formas organizativas se puede realizar una sociedad verdaderamente democrática, o más concretamente, una democracia que no sea solamente política sino también económica, no solamente estatal sino, en el sentido más abierto de la palabra, social?

A esta pregunta responde, en coherencia con las premisas doc-

trinales hasta aquí ilustradas brevemente, su pequeña obra sobre *Déclaration des droits sociaux*. Democrática es aquella sociedad donde no subsisten las relaciones de subordinación, donde, por consiguiente, existe perfecta conexión entre la organización social y la comunidad no organizada subyacente. Para realizar esta perfecta adecuación es necesario que el hombre no sea considerado como un ente abstracto, sino en las muchas y variadas actividades sociales, y, por tanto, no sólo como hombre, sino como productor, consumidor, etc. Cada una de estas actividades sociales encuentra su integración en una sociedad en la que debe desarrollarse libremente en su dirección funcional junto a las otras, y en el ámbito de una sociedad superfuncional (como la nacional y la internacional), sin que entre ellas existan interferencias o superposiciones que generan inevitablemente un régimen de dominio y hacen imposible la llegada de la democracia. De aquí, por consiguiente, se ratifica que el motivo ideal de esta concepción es el pluralismo jurídico, que viene, por otro lado, afirmado ya con mucha claridad en el artículo 1.º de la Declaración, donde se afirma que el fin de la sociedad se realiza «mediante la variedad de la unidad, esto es, mediante una pluralidad de asociaciones de individuos que colaboran en pie de igualdad, integrados en la comunidad nacional».

Esta concepción pluralista sugiere, ante todo, un motivo polémico en la confrontación con las declaraciones precedentes viciadas de estatalismo, donde el protagonista de la declaración es siempre el Estado con la vestimenta del benéfico protector. Y señala también los principales motivos constructivos de orden sustancial y formal. En sede sustancial, partiendo de la visión pluralista del hombre, la Declaración distingue netamente tres esferas de derechos sociales: las del productor (derechos al trabajo, derechos del trabajo, derecho de libertad sindical), las del consumidor (derechos a la subsistencia, a la distribución de la riqueza, a la seguridad económica, a la gestión de los servicios, etc.) y las del ciudadano (derecho a la vida, a la educación, a la libertad de asociación, de profesión, etc...). En sede formal —y éste es sin duda el aspecto más interesante, aunque el más discutible— la Declaración pretende fundar la garantía de los derechos sociales no ya sobre los principios considerados insuficientes del Estado liberal, como el de legalidad, la división de poderes y la soberanía popular, sino sobre el principio informador en

una sociedad pluralista de la limitación recíproca y del equilibrio de los grupos, o, en concreto, del desarrollo paralelo de la organización política (el Estado) y de la organización económica y, en el interior de ésta, del ordenamiento de los productores y de los consumidores.

Esta obra, presentada en la forma de proyecto constitucional con ocasión de las grandes reformas legislativas de la posguerra, puede parecer hoy, con la reforma ya producida, anacrónica. Pero sería un error entender que no fuese un poco anacrónica también cuando fue escrita. Y sería igualmente ingenuo creer que el autor no lo supiese. ¿Debemos por eso pensar que haya perdido todo valor? Caído el proyecto, sobreviven las ideas que están destinadas a permanecer todavía en la circulación del pensamiento político de nuestros tiempos, por lo menos hasta que el Leviatán, devorador de hombres, no sea domado. Pero, ¿quién osaría decir hoy que la crisis del Estado moderno haya llegado a su fin?

NOTAS AL CAPITULO I

[1] Kung Chum Hsiao, *Political Pluralism. A Study in Contemporary Political Theory*, Londres, 1927.

[2] Cfr. el ensayo sobre Fichte: *Fichtes System der konkreten Ethik*, Tübingen, 1924.

[3] Véase su trabajo *Les tendances actuelles de la philosophie allemande*, París, 1930.

[4] Véase *L'expérience juridique*, cit., respectivamente págs. 26 y 33. Para Rauh, y también para Scheler, véase también la obra más comprometida desde el punto de vista filosófico, *Morale théorique et science des moeurs*, París, 1937, respectivamente págs. 130 y 144.

[5] *Sociology of Law*, Nueva York, Philosophical Library, 1942 (vuelto a publicar en Inglaterra, Londres, 1947), en el cual el autor ha recogido los *Elements de sociologie juridique*, ya publicados en Francia (París) en 1940. Anteriormente, en materia de sociología había presentado un volumen de ensayos varios, *Essais de sociologie*, París, 1938.

[6] Para el concepto de Derecho social, además del volumen citado, *L'idée du droit social*, véase también *Le temps présents et l'idée du droit social*, París, 1932.

II

Igualdad y dignidad de los hombres

LOS ORIGENES HISTORICOS

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre comienza con estas palabras: «Todos los seres humanos nacen *libres* e *iguales* en dignidad y derechos» *.

Estas palabras no son nuevas. Las hemos leído muchas otras veces. Bastará con recordar el artículo de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, que comienza así: «Los hombres nacen y permanecen *libres* e *iguales* en derechos»,

* La cursiva es del autor *(N. del T.)*.

donde las diferencias son insignificantes. Y remontándonos un poco más atrás, nos encontramos ante la *Declaración de Independencia* de los Estados americanos de 1776, que se expresa de esta forma: «Sostenemos como incontestables y evidentes por sí mismas las siguientes verdades: que todos los hombres han sido creados *iguales;* que han sido dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos derechos están, en primer lugar, la vida, la *libertad* y la búsqueda de la felicidad.»

Aquí existe alguna diferencia: la igualdad es proclamada como condición fundamental; la libertad, en cambio, es mencionada junto a otros derechos, tales como el derecho a la vida y a la felicidad. Es cierto que los redactores de la *Declaración Universal* prefirieron la incisiva simplicidad del texto francés. Pero ambas estaban presentes en sus mentes. Cuando Leonor Roosevelt comentó la aprobación de la *Declaración* dijo: «Debe ser acogida como la Carta Magna internacional de toda la humanidad (...). Su proclamación por parte de la Asamblea General puede ser de igual importancia que la proclamación de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, que la proclamación de los derechos del hombre en la *Declaración de Indepependencia de los Estados Unidos* y que declaraciones análogas hechas en otros países.»

Las primeras declaraciones, por otro lado, nuevas como instrumentos jurídicos, no eran en sí mismas nuevas por el contenido, que tenía su fundamento en la doctrina de los derechos naturales. Su progenitor más reconocido fue John Locke, quien, en el segundo capítulo del *Segundo tratado sobre el gobierno civil,* introduciendo el discurso sobre el estado de naturaleza, había escrito: «Para entender bien el poder político y derivarlo de su origen, se debe considerar en qué estado se encontraban *naturalmente* los hombres, un estado de perfecta *libertad* para regular sus propias acciones y disponer de sus propias posesiones y de sus personas, como se considere mejor, dentro de los límites de la ley de la naturaleza, sin pedir permiso o depender de la voluntad de ningún otro. Es también un estado de *igualdad,* en el que todo poder y toda jurisdicción es recíproco (...), puesto que no existe nada más evidente que esto, que criaturas de la misma especie y del mismo grado, que nacen sin distinción, con las mismas ventajas de la naturaleza y con las mismas dificultades, deben también ser iguales entre ellos, sin subordinaciones o sujeciones...» [1].

Si las palabras de la *Declaración Universal* no son nuevas, nuevo es el ámbito de validez de sus disposiciones. En boca de Locke y de los iusnaturalistas la afirmación de los derechos naturales era pura y simplemente una teoría filosófica, que no tenía otro valor que el de una exigencia ideal, el de una aspiración que había podido ser realizada sólo cuando alguna constitución la hubiese acogido y transformado en una serie de prescripciones jurídicas. En un segundo momento, la afirmación de la existencia de derechos naturales originarios limitadores del poder soberano viene acogida en las declaraciones de derechos que preceden a las constituciones de los Estados liberales modernos: desde este momento los derechos naturales no son ya solamente una aspiración ideal, sino que se convierten en verdaderas y propias pretensiones jurídicamente reconocidas y protegidas contra eventuales violaciones por parte de los particulares y de los poderes públicos. Con la acogida de algunos derechos fundamentales en la *Declaración Universal* se cumple el tercer momento de esta evolución: los derechos naturales, reconocidos ya por la Asamblea General de las Naciones Unidas, esto es, por el más alto órgano representativo de la comunidad internacional, tienden a ser protegidos no ya solamente en el ámbito del Estado, sino también *contra el Estado mismo,* es decir, tienden a una protección que se podría llamar de segundo grado, la cual debería entrar en funcionamiento cuando el Estado dejase de cumplir sus obligaciones constitucionales en las relaciones con sus sujetos.

En otras palabras, mientras la afirmación de los derechos naturales era una teoría filosófica, esta afirmación tenía valor universal pero no tenía eficacia práctica alguna; cuando estos derechos fueron acogidos en las constituciones modernas, su protección se convirtió eficaz, pero sólo en los límites en los que venía reconocida por parte de aquel determinado Estado. Desde la *Declaración Universal,* la protección de los derechos naturales tiende a tener en sí misma eficacia jurídica y valor universal. Y el individuo tiende a convertirse de sujeto de una comunidad estatal en sujeto también de la comunidad internacional, potencialmente universal.

Para quien lea distraída y superficialmente las palabras de la *Declaración Universal,* citadas al comienzo, además de no nuevas, parecen también como obvias. Pero, ¿son en verdad tan obvias? Si consideramos la expresión desde el punto de vista lite-

ral, la afirmación allí contenida, para comenzar, no es verdadera. No es cierto que los seres humanos nazcan libres e iguales. Los seres humanos no nacen libres, a pesar de lo que pensase Rousseau, sino que están «encadenados», más que nunca encadenados, desde que nacen; tampoco son iguales, aunque sólo nos fijemos en las dotes naturales, sin tener en cuenta las condiciones sociales e históricas. Pero esta expresión no debe ser entendida literalmente, debe ser interpretada. Y una vez interpretada, se ve que no es ya tan obvia. Que los seres humanos nacen libres e iguales quiere decir en realidad que *deben* ser tratados como si fuesen libres e iguales. La expresión no es la descripción de un hecho, sino la prescripción de un deber. ¿Cómo es posible esta conversión de una descripción en una prescripción? Es posible si se considera que el decir que los seres humanos nacen libres e iguales quiere decir en realidad que los seres humanos nacen libres e iguales por naturaleza, es decir, según su naturaleza ideal, elevada a criterio supremo para distinguir qué se debe hacer y qué no se debe hacer. En otras palabras, se podría decir que la libertad y la igualdad de la que se habla en aquel artículo no son un hecho sino un derecho, más precisamente, aquel derecho que corresponde al ser humano, antes que de una constitución positiva, de la constitución misma de su personalidad, todavía más, de su naturaleza ideal. También por este camino somos reconducidos, como se ve, a la doctrina de los derechos naturales.

HACIA UNA TEORIA MODERNA DE LOS DERECHOS NATURALES

Cuando hablo de la doctrina de *los derechos naturales* entiendo algo distinto de la doctrina del *Derecho natural.* En las dos expresiones el término derecho es entendido bien en sentido subjetivo, como la facultad o poder, bien en sentido objetivo, como regla de conducta. Si la doctrina del Derecho natural es tan antigua como la filosofía occidental, la doctrina de los derechos naturales, que se encuentra en la base de las famosas *Declaraciones,* es moderna. Una verdadera y propia doctrina de los derechos naturales no aparece por primera vez hasta los escritores del siglo XVII, comenzando por Hobbes, con su célebre distin-

ción entre *lex,* entendida como fuente de obligaciones, y *ius,* entendido como libertad de toda obligación. Bien mirado, el paso de la doctrina tradicional del Derecho natural a la doctrina moderna de los derechos naturales es un paso interno en el sistema del iusnaturalismo, y es un paso rico en consecuencias.

Toda norma jurídica, como todos los juristas saben, es imperativo-atributiva, esto es, atribuye una obligación a un sujeto en el mismo momento en el que atribuye un derecho al otro sujeto. Ahora bien, el iusnaturalismo clásico y medieval había puesto el acento sobre el aspecto imperativo de la ley natural más que sobre el aspecto atributivo; mientras la doctrina moderna de los derechos naturales pone el acento sobre el aspecto atributivo más que sobre el imperativo. La ley natural, en la concepción del iusnaturalismo tradicional, era una regla de conducta que tenía sobre todo como destinatarios a los soberanos a los que imponía la obligación de ejercer el poder respetando algunos principios morales supremos. Que a este deber de los gobernantes correspondiese un derecho correlativo de los súbditos a pretender que los mismos gobernantes respetasen el deber era dudoso; los súbditos tenían sobre todo el deber de obedecer también a los malos soberanos, al menos según las doctrinas que representaban las opiniones más comunes. Quien tenía un derecho sobre los gobernantes era en última instancia sólo Dios, frente al que los gobernantes eran responsables de sus propias acciones, y no frente al pueblo. Lo que suponía que en comparación con los súbditos la obligación de los gobernantes pertenecía a la categoría del *ius imperfectum,* esto es, la obligación a la que no corresponde en la otra parte una exigencia legítima de su cumplimiento.

Sólo en un segundo momento, en la época de las grandes guerras de religión, con las doctrinas de los monarcómacos, se comenzó a sostener insistentemente que, cuando el soberano viola la ley natural, surge en los súbditos (individual o colectivamente, según los casos) el derecho de resistencia. La afirmación del derecho de resistencia que se resolvía en la teoría según la cual frente a la violación de la ley natural por parte del soberano la desobediencia civil es legítima, transformaba la obligación del soberano de imperfecta en perfecta, en el sentido de que, admitido el derecho de resistencia, el soberano respondía de sus delitos contra el Derecho natural no solamente ante Dios, sino también ante sus súbditos. De tal modo, la ley natural, que en un

primer momento tenía por destinatarios sólo a los soberanos, a los cuales imponía obligaciones, se dirige desde entonces también a los súbditos, a los que atribuye derechos.

El último paso hacia la teoría moderna de los derechos naturales fue dado cuando se preguntó cuál era el fundamento jurídico de la obligación de los soberanos de respetar la ley natural, y se respondió que los soberanos tenían obligaciones por la simple razón de que los súbditos tenían derechos, más precisamente, que los súbditos tenían un derecho de resistencia a la ley injusta porque con una ley injusta los soberanos violaban los derechos preexistentes de sus súbditos. ¿Tenía, por ejemplo, el soberano la obligación de respetar la libertad de conciencia de sus ciudadanos? Esta obligación derivaba del hecho de que la ley natural atribuía a los ciudadanos el derecho a la libertad de conciencia. Desde este momento en adelante el derecho subjetivo natural del ciudadano no fue ya tanto la consecuencia de una infracción del deber de un gobernante, como todavía sucedía en las distintas teorías de la resistencia, como la condición misma de aquel deber. El gobernante tenía aquel deber porque el ciudadano tenía aquel derecho.

Desde otra perspectiva, lo mismo podría ser dicho también de esta forma: el iusnaturalismo ha tenido la fundamental y permanente función histórica de poner límites al poder del Estado. Ahora bien, la teoría de los derechos naturales, que se sostiene con el iusnaturalismo moderno, representa la afirmación de los límites del poder estatal, considerados no sólo desde el punto de vista del exclusivo deber de los gobernantes, sino también desde el punto de vista de los derechos de los gobernados.

UNA REDEFINICION DE LOS CONCEPTOS DE LIBERTAD E IGUALDAD

Respecto a las teorías iusnaturalistas y a las declaraciones de derechos de los Estados constitucionales modernos, las palabras del artículo 1 de la *Declaración Universal* son, como se ha visto, más o menos las mismas, pero su validez jurídica es distinta. Podemos añadir que es distinto también su significado conceptual. «Libertad» e «igualdad» no significan hoy lo mismo que significaban en las páginas de Locke o en las declaraciones del si-

glo XVIII: su contenido se ha ampliado, se ha ido convirtiendo en más rico y denso; su significado se ha ido cargando. Comenzamos con el examen del significado de libertad.

El significado tradicional de libertad —aquel por el que se hablaba de una libertad religiosa o de pensamiento, o de reunión, o de asociación, en sentido general y específico de una libertad personal— era aquel relativo a la facultad de hacer o no hacer determinadas cosas no impedidas por normas vinculantes; era la libertad entendida como no-impedimento, o *libertad negativa.* La esfera de la libertad coincidía con la esfera de los comportamientos no regulados, y por consiguiente lícitos o indiferentes. Muy adecuadamente había expresado el concepto Montesquieu cuando dijo que la libertad consiste en hacer todo aquello que las leyes permiten. Pero la teoría de este concepto de libertad había nacido ya con Hobbes, el cual había aclarado en sede teórica que nosotros entendemos por libertad la situación en la que un sujeto actúa según la propia naturaleza no siendo impedido por fuerzas externas, y en sede de filosofía jurídica había distinguido, como se ha dicho, el *ius,* entendido como esfera de los comportamientos lícitos, de la *lex,* entendida como la esfera de los comportamientos debidos.

La primera prolongación del concepto de libertad se produce con el paso de la teoría de la libertad como no-impedimento a la teoría de la libertad como *autonomía,* cuando se comenzó a entender por «libertad» no ya solamente el no ser impedido por normas externas, sino el darse normas a sí mismo, y, por consiguiente, no tanto el no tener leyes, como entendía Hobbes, cuanto el obedecer a leyes promulgadas por nosotros y para nosotros mismos. Con el concepto de autonomía, la libertad no consiste ya en la ausencia de leyes, sino en la presencia de leyes íntimamente queridas e internamente asumidas. Cuando Rousseau en el *Contrato social* decía que la libertad es «la obediencia a la ley que está prescrita por nosotros» [2], daba la más perfecta definición de este nuevo concepto de libertad, que bien puede definirse como roussoniana. Sobre la base de este concepto de libertad como autonomía nace la teoría de la libertad política como desarrollo de la libertad civil, o de la forma democrática de gobierno como desarrollo e integración de la forma pura y originariamente liberal.

La segunda transmutación del concepto de libertad se produ-

ce cuando se pasó de una concepción negativa a una concepción positiva de libertad, esto es, cuando se entiende la libertad auténtica y digna de ser garantizada no sólo ya como *facultad negativa,* sino también como *poder positivo,* esto es, como capacidad jurídica y material de convertir en concretas las abstractas posibilidades garantizadas por las constituciones liberales. Igual que la libertad política había distinguido la teoría democrática de la liberal, así la libertad positiva, como poder efectivo, caracterizó en el siglo pasado las distintas teorías sociales, de modo particular las socialistas, respecto a las concepciones puramente formales de la democracia.

Después de este plural desarrollo de la teoría política de la libertad, cuando hoy se dice que el ser humano es libre en el sentido de que debe ser protegido y favorecido en la expansión de su libertad, se entienden al menos estas tres cosas:

1. Todo ser humano debe tener una esfera de actividad personal protegida contra la ingerencia de todo poder externo, en particular del poder estatal: típico ejemplo, la esfera de la vida religiosa que viene asignada al ámbito de la conciencia individual.
2. Todo ser humano debe participar de manera directa o indirecta en la formación de las normas que deberán después regular su conducta en aquella esfera que no está reservada al exclusivo dominio de su jurisdicción individual.
3. Todo ser humano debe tener el poder efectivo de traducir en comportamientos concretos los comportamientos abstractos previstos en las normas constitucionales que atribuyen este o aquel derecho y, por consiguiente, debe poseer en propiedad o como cuota de una propiedad colectiva bienes suficientes para una vida digna.

En suma, la imagen del hombre libre se presenta como la del hombre que no debe todo al Estado porque considera siempre la organización estatal como instrumental y no como final; participa directa o indirectamente en la vida del Estado, o bien en la formación de la llamada voluntad general; tiene suficiente poder económico para satisfacer algunas exigencias fundamentales de la vida material y espiritual, sin las cuales la primera libertad está vacía, y la segunda es estéril.

Ahora bien, estos tres conceptos de libertad están presentes en los artículos de la *Declaración Universal:* la libertad negativa,

en todos los artículos que se refieren a los derechos personales y a los tradicionales derechos de libertad (arts. 7-20); la libertad política, en el artículo 21, el cual dice en el párrafo 1: «Todo individuo tiene derecho a participar en el gobierno de su propio país, directamente o por medio de representantes libremente elegidos», y precisa en el párrafo 3: «La voluntad de pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad debe expresarse mediante elecciones auténticas, que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto»; la libertad positiva, en los artículos 22-27, que se refieren a los derechos a la seguridad social, en general a los llamados derechos económicos, sociales y culturales, de los que se dice que son «indispensables a su dignidad (del individuo) y al libre desarrollo de su personalidad».

También el concepto de igualdad es extremadamente amplio y puede ser llenado de diversos contenidos. De forma no distinta de lo que ha sucedido en la historia del derecho de libertad, también la historia del derecho a la igualdad se ha desarrollado con sucesivos enriquecimientos. Decir que en las relaciones humanas debe ser aplicado el principio de igualdad significa poco, si no se especifican al menos dos aspectos:

1. ¿Igualdad en qué?
2. ¿Igualdad entre quiénes?

El principio de igualdad, en el que se sintetiza la idea de la justicia formal en el sentido tradicional de la palabra *(suum cuique tribuere),* dice pura y simplemente que deben ser tratados de igual modo todos aquellos que pertenezcan a la misma categoría. Pero, ¿con qué criterio deben ser establecidas las categorías? ¿Cuántas deben ser las categorías? ¿Cómo de grandes? Es obvio que la respuesta a estas preguntas no se encuentra en el principio de igualdad, sino en los llamados criterios o principios de justicia, como «a cada uno según su mérito», «a cada uno según su necesidad», «a cada uno según su rango», etc. Son conformes al principio de igualdad tanto la máxima «a cada uno la misma cosa», si en base al criterio adoptado resulta que todos los seres humanos son iguales, cuanto la máxima «a cada uno una cosa diferente», si en base al criterio adoptado resulta que todos los seres humanos son distintos. También el privilegio pue-

de ser considerado en último término como una aplicación del principio de igualdad, cuando se logra demostrar que aquel individuo tiene tales características singulares respecto a la disciplina en cuestión como para constituir una categoría por sí mismo.

Respecto a la primera pregunta, «igualdad en qué», la *Declaración Universal* responde que los seres humanos son iguales «en dignidad y derechos». La expresión sería extremadamente genérica si no debiera entenderse en el sentido de que los «derechos» de los que habla son precisamente los derechos fundamentales enunciados a continuación. Prácticamente esto significa que los derechos fundamentales enunciados en la *Declaración* deben constituir una especie de mínimo común denominador de las legislaciones de todos los países. Es como si se dijese, en primer lugar, que los seres humanos son libres (en los distintos significados de libertad arriba ilustrados), y después se añadiese que son *iguales en el disfrute de esta libertad.*

Como se ve, el principio de libertad y el de igualdad se conectan estrechamente el uno con el otro. Tan estrechamente que, igual que se distinguen varios conceptos o planos de libertad, así se suelen distinguir varios conceptos o planos de igualdad, en gran parte correspondientes a los primeros. Al momento de la libertad personal o negativa corresponde el momento de la igualdad jurídica, que consiste en las situaciones en las que todos los ciudadanos tienen capacidad jurídica, son sujetos jurídicamente reconocidos por el Ordenamiento jurídico, lo que implica una abstracta, pero sólo abstracta, capacidad de querer y de actuar, en los límites de las leyes, en el propio interés. Al momento de la libertad política corresponde el de la igualdad política, característica del Estado democrático fundado sobre el principio de la soberanía popular no ficticia y, por consiguiente, sobre el instituto del sufragio universal. Que los dos momentos son bien distintos puede ser probado en la historia de las doctrinas políticas, la cual nos muestra, de modo extremadamente significativo, por ejemplo, en Kant, cómo la afirmación de la igualdad jurídica puede ir unida a la clara negación de la igualdad política. En fin, al momento de la libertad positiva, o libertad como poder, corresponde el momento de la *igualdad social,* llamada de otro modo igualdad de las ocasiones o de las oportunidades: exigir igualdad de las oportunidades significa cabalmente exigir que a

todos los ciudadanos les sea atribuida no solamente la libertad negativa o política, sino también la positiva que se concreta en el reconocimiento de los derechos sociales.

EL LARGO CAMINO DE LA JUSTICIA HUMANA

En relación a la segunda pregunta, «igualdad entre quiénes», la *Declaración* responde que respecto a los derechos fundamentales todos los seres humanos son iguales, esto es, responde afirmando la igualdad *entre todos,* y no sólo entre los pertenecientes a esta o aquella categoría. Esto quiere decir que respecto a los derechos fundamentales enumerados en la declaración, todos los seres humanos deben ser considerados pertenecientes a la misma categoría. Como se ha llegado al reconocimiento de que los seres humanos, todos los seres humanos, pertenecen a la misma categoría respecto a los derechos fundamentales cada vez más amplios, no es posible ni aun lejanamente resumir. Se puede decir, sin embargo, en líneas generales, que este punto de llegada es la conclusión de un proceso histórico de sucesivas aproximaciones de lo diverso, o bien de sucesivas eliminaciones de discriminaciones entre individuo e individuo, que ha hecho desaparecer poco a poco categorías parciales discriminatorias absorbiéndolas en una categoría general unificadora. El proceso de la justicia es un proceso de diversificación de lo diverso, o de unificación de lo idéntico. La igualdad entre todos los seres humanos respecto a los derechos fundamentales es el resultado de un proceso de gradual eliminación de discriminaciones y, por consiguiente, de unificaciones de aquello que se venía reconociendo como idéntico: una naturaleza común del hombre por encima de toda diferencia de sexo, raza, religión, etc.

Cuáles son las discriminaciones superadas y eliminadas lo muestra claramente el artículo 2.1 de la *Declaración,* que bien puede ser considerado como un complemento necesario del artículo 1: «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta *Declaración,* sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra condición.»

Como se ve, la inspiración de este artículo es idéntica a la que ha proclamado el artículo 3 de nuestra Constitución: «Todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley,

sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opinión política, condiciones personales y sociales.»

Análogos artículos se encuentran en las constituciones de la posguerra, tanto en las constituciones de democracias liberales (por ejemplo, el artículo 3 de la Constitución de la República Federal de Alemania de 1949), cuanto en aquellas de democracia popular (por ejemplo, el artículo 21 de la Constitución yugoslava de 1946). Sin embargo, la *Declaración Universal,* tratándose de una enunciación de principios que deben valer en la comunidad internacional, pone en guardia en el punto 2 del mismo artículo 2 contra otro género de discriminación, la derivada «del estatuto político, jurídico o internacional del país o del territorio al que una persona pertenece, queriendo hacer entender que tras las discriminaciones tradicionales que deben considerarse definitivamente superadas existe también la derivada de la pertenencia a un Estado con plena soberanía o a un Estado con soberanía limitada».

Sobre el principio de igualdad, entendido como eliminación de las discriminaciones, se pueden hacer todavía algunas consideraciones. Ante todo las diferencias históricamente relevantes que han dado lugar a discriminaciones pueden ser divididas en:

- naturales, como la raza (y color) y el sexo;
- histórico-sociales, como la religión, la opinión política, la nación (y lengua), la clase social;
- jurídicas, como el *status* político o civil derivado de la pertenencia a este o aquel tipo de Estado.

Estas discriminaciones puede ser originariamente consideradas como manifestaciones del principio de justicia fundado sobre el rango, esto es, sobre la máxima de justicia que dice: «a cada uno según su rango». A la discriminación se llega con un procedimiento mental que, extremadamente simplificado, puede ser resumido de este modo:

- se constata que existen diferencias de hecho entre los individuos pertenecientes al grupo A y los pertenecientes al grupo B;
- se consideran estas diferencias de hecho como reveladoras de diferencias de valor, de donde se deduce que el grupo A es superior al grupo B;
- se atribuye al grupo superior, en razón de su superioridad

(de aquí la aplicación del principio del rango), el poder de oprimir al grupo B.

Que existan diferencias de raza entre los distintos grupos humanos es un mero juicio de hecho que no implica todavía discriminación alguna; que estas diferencias sean consideradas como reveladoras de la superioridad de una raza sobre otra es ya un juicio de valor del cual, no obstante, no deriva necesariamente la discriminación (se podría, por ejemplo, sostener que la raza considerada superior tenía el deber de ayudar, proteger, educar, a la raza considerada inferior); la discriminación racial (el racismo) aparece sólo en el tercer momento, esto es, cuando se sostiene que la raza superior tiene el derecho, pertinente en cuanto superior, de oprimir o, en último extremo, de aniquilar a la raza inferior.

Ahora bien, si se da también una rápida ojeada a las discriminaciones que el artículo 2 entiende definitivamente, aparece totalmente desplegado el recorrido histórico de la humanidad, entendido como proceso continuo y constante (con altos y bajos, se entiende) hacia la superación de distinciones ancestrales entre individuo e individuo, entre pueblo y pueblo, casi como si la palanca que mueve las vicisitudes de la historia (la superada Providencia de la historia) fuese la lucha de los oprimidos contra los opresores, y la meta última de la historia el logro de la igualdad, una sociedad de iguales en donde no exista nadie superior ni inferior. El artículo citado nos previene contra el racismo, contra la disparidad de los sexos, contra la intolerancia religiosa y el fanatismo político, contra la opresión nacional y colonial, contra el dominio de una clase sobre otra. Pero en esta prevención existe también una trágica constatación: la historia humana es en gran parte una historia de dominadores y dominados, de explotadores y explotados, de patronos y esclavos. ¿Hasta cuándo? Si se observa la historia de estos últimos siglos, escenario de las guerras de religión por la conquista de la tolerancia de todas las fes, de las guerras nacionales para la eliminación del dominio de una nación sobre otra y para el reconocimiento de las minorías, de la revolución liberal para la afirmación de la libertad de pensamiento y de acción política, de la lucha de clases para la emancipación del cuarto estado, de la lenta revolución pacífica (¡la única revolución pacífica de la historia!) hacia la igualdad de los sexos, y de las guerras contra el colo-

nialismo, se debe extraer alguna indicación sobre la dirección de la historia. Pero, ¡qué largo es todavía el camino!

Frente a este estado de duda se debe realizar, por honestidad y prudencia, una pregunta: ¿las discriminaciones indicadas en el artículo 2 son todas las discriminaciones posibles entre los seres humanos? Evidentemente, no. Las discriminaciones enumeradas en el artículo 2 son todas, o la mayor parte de, las discriminaciones *históricamente relevantes* que la conciencia moral de la humanidad juzga hoy irrelevantes para atribuir a este o a aquel individuo algunos derechos fundamentales. Pero se pueden plantear dos casos: el de discriminaciones hasta ahora no previstas y que podrían surgir en el futuro, y el de discriminaciones históricas que la conciencia moral continúa juzgando relevantes para los fines de la distinción entre grupos de individuos. Para el primer caso se puede observar que entre las discriminaciones relevantes no está incluida hasta ahora una discriminación a la psicología de los individuos aislados: si pensamos, por poner una hipótesis alegre (¡aunque no se sabe nunca!), que un día algún científico torpe sostenga la superioridad de los extrovertidos respecto a los introvertidos y que algún político loco deduzca que *por consiguiente* es justo por parte de los extrovertidos oprimir a los introvertidos, y que ésta es una nueva razón de desigualdad que un futuro artículo de una futura declaración deberá prever. Para el segundo caso, piénsese en la distinción admitida en todos los ordenamientos civiles entre menores y adultos: evidentemente esta distinción, al menos respecto a la atribución de ciertos derechos fundamentales como los derechos políticos, es todavía relevante y no se ve cómo y cuándo podrá ser superada. A ella se refiere explícitamente la misma *Declaración,* llamando a los seres humanos en el artículo 1, citado al principio, «dotados de razón y conciencia». ¿Basta ser persona humana para estar dotado de razón y de conciencia? Todos los ordenamientos civiles reconocen que existen individuos, pertenecientes al género humano, que no están todavía, como los niños, o no están ya, como los dementes, dotados de razón y de conciencia, y frente a los cuales valen y se considera justo que valgan ciertas desigualdades.

El tener en cuenta estas limitaciones nada quita al hecho de que la *Declaración Universal* representa la máxima conciencia que el hombre había alcanzado hasta ahora, en sede jurídico-po-

lítica, de la sustancial unidad del género humano. Digo a propósito «en sede jurídico-política»: la unidad del género humano es uno de los principios fundamentales del mensaje cristiano y uno de los cimientos de la concepción socialista del hombre y de la historia. Es importante que esta idea haya sido acogida y reservada por la más grande asamblea política que nunca la historia había conocido, frente a la cual el mismo Imperio Romano, el Sacro Imperio Romano, la Sociedad de las Naciones, no son más que momentos unilaterales y parciales de un proceso fatal e irreversible, de una asamblea internacional por primera vez casi universal, la cual tiende a asumir (en un proceso del que no se conoce todavía el final) el poder convertir esta unidad en jurídicamente relevante.

El artículo 1 de la *Declaración Universal* me ha ofrecido la ocasión de hacer algunas consideraciones muy generales sobre los conceptos de libertad e igualdad. Pero en este punto me viene espontáneamente la pregunta: ¿libertad e igualdad no son normalmente consideradas valores antinómicos, en el sentido de que la protección del uno está en contradicción con la protección del otro, y que cuanto más se extiende la libertad, tanto más se da opción a la desigualdad, cuanto más se tiende a la nivelación, tanto más se limita la libertad? ¿Cómo es posible exigir a la vez la garantía y el crecimiento de ambos?

Aquí es necesario retomar por un momento los distintos significados que se pueden atribuir a «libertad» y a «igualdad», y entender que el contraste existe o no según los significados que sean asumidos. Están en contradicción, ciertamente, la libertad negativa y la igualdad sustancial. No están en contradicción, más bien son perfectamente compatibles, la libertad política y la igualdad política. Es la libertad positiva desde luego una integración de la igualdad de oportunidades. No existe ninguna contradicción en la *Declaración* donde la proposición «todos los seres humanos nacen libres e iguales» equivale a «todos los seres humanos nacen igualmente libres» o bien «todos los seres humanos nacen iguales en la libertad», en el doble sentido de la expresión: «Los seres humanos tienen igual derecho a la libertad»; «Los seres humanos tienen derecho a una igual libertad».

Son las dos máximas, como puede verse, en las que se inspira la concepción democrática del Estado. Que la Asamblea General de las Naciones Unidas haya usado esta concepción, como se

lee en el preámbulo, «el ideal común a alcanzar por todos los pueblos y por todas las naciones», es un hecho histórico de cuya importancia estamos llamados, cada uno en su propia esfera de pensamiento y de acción, a tomar conciencia. Que alcanzar estos ideales esté próximo o lejano no podemos preverlo. Está en nuestro poder aportar nuestra piedra, por pequeña que sea, a la construcción del gran edificio.

NOTAS AL CAPITULO II

[1] J. Locke, *Secondo trattato sul governo*, II, 4. [Hay traducción castellana de A. Lázaro Ros, J. Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1980.]

[2] J.-J. Rousseau, *Contratto sociale*, I, 8. [Hay versión castellana de Fernando de los Ríos, con prólogo de Manuel Tuñón de Lara, en la Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1975.]

III

Sobre el fundamento de los derechos del hombre

1. En este ensayo me propongo discutir tres temas:

a) cuál es el sentido del problema que nos hemos planteado en torno al fundamento absoluto de los derechos humanos;

b) si un fundamento absoluto es posible;

c) si, en el caso de que sea posible, es también deseable.

2. El problema del fundamento de un derecho se presenta de forma diferente según se trate de buscar el fundamento de un *derecho que se tiene* o de un *derecho que se debería tener.* En el primer caso buscaré en el ordenamiento jurídico positivo, del cual formo parte como titular de derechos y deberes, si existe una norma válida que lo reconozca y cuál es ésta; en el segundo caso buscaré buenas razones para sostener su legitimidad y para convencer a la mayor cantidad de personas posible, especialmen-

te a los que detentan el poder directo o indirecto de producir normas válidas en aquel ordenamiento, de la necesidad de reconocerlo.

No hay duda de que cuando en un congreso de filósofos, y no de juristas, como el nuestro, planteamos el problema del fundamento de los derechos humanos, entendemos afrontar un problema del segundo tipo, o sea, no un problema de Derecho positivo, sino de Derecho racional o crítico (o si se quiere, de Derecho natural, en sentido restringido, que es para mí también el único aceptable, de la palabra). Partamos del presupuesto de que los derechos humanos son cosas deseables, esto es, fines merecedores de ser perseguidos, y que, no obstante esto, todavía no han sido todos, en todas partes, y en igual medida, reconocidos, y que estamos inducidos por la convicción de que encontrarles un fundamento, esto es, presentar motivos para justificar la elección que hemos hecho y que queremos fuese hecha también por los otros, sea un medio adecuado para obtener un reconocimiento más amplio.

3. Del fin que la investigación sobre el fundamento se propone nace la ilusión del fundamento absoluto, ilusión que, a fuerza de acumular y discutir razones y argumentos, terminará por encontrar las razones y el argumento irresistible que nadie podrá negarse a aceptar. El fundamento absoluto es el fundamento irresistible en el mundo de nuestras ideas, del mismo modo que el poder absoluto es el poder irresistible (piénsese en Hobbes) en el mundo de nuestras acciones. Frente al fundamento irresistible se pliega necesariamente la mente, así como frente al poder irresistible se pliega necesariamente la voluntad. El fundamento último no es ulteriormente discutible, así como el poder último debe ser obedecido sin discusión. Quienes resisten al primero se colocan fuera de la comunidad de las personas racionales, y los que se rebelan frente al segundo se colocan fuera de la comunidad de las personas justas o buenas.

Esta ilusión fue común durante siglos en los iusnaturalistas, los cuales creyeron haber colocado ciertos derechos (si bien no eran siempre los mismos) al amparo de toda posible impugnación derivándolos directamente de la naturaleza del hombre. Pero como fundamento absoluto de derechos irresistibles la naturaleza del hombre demostró ser muy frágil. No es el caso de repetir las infinitas críticas dirigidas a la doctrina de los derechos

naturales ni de descubrir una vez más la capciosidad de los argumentos empleados para demostrar su valor absoluto. Bastará recordar que muchos derechos, incluso los más contradictorios y los menos fundamentales —fundamentales sólo según las opiniones de quien los sostenía— fueron derivados de la generosa y complaciente naturaleza del hombre. Por poner un ejemplo: estuvo viva durante mucho tiempo entre los iusnaturalistas la disputa sobre cuál de las tres soluciones posibles relativas a la sucesión de los bienes —el regreso a la comunidad, la transmisión familiar de padre a hijo, la libre disposición por parte del propietario— era la más natural (y, por consiguiente, debería ser preferida en un sistema que aceptaba por justo todo aquello que estaba fundado en la naturaleza). Podían discutir durante mucho tiempo: las tres soluciones, de hecho, son perfectamente conformes a la naturaleza del hombre, según se considere como miembro de una comunidad, de la que en última instancia depende su vida, como padre de familia, con instinto natural de perpetuar la especie, o como persona libre y autónoma, que es la única responsable de sus propias acciones y de sus propios bienes.

Kant había reducido razonablemente los derechos irresistibles (el decía «innatos») a uno solo: la libertad. Pero, ¿qué es la libertad?

4. Esta ilusión hoy no es posible: toda búsqueda del fundamento absoluto está, a su vez, infundada. Contra esta ilusión planteo cuatro dificultades (y así paso al segundo tema).

La primera dificultad deriva de la consideración de que «derechos humanos» es una expresión muy vaga. ¿Hemos probado alguna vez a definirlos? Y si hemos probado, ¿cuál ha sido el resultado? La mayor parte de las definiciones son tautológicas: «Derechos humanos son aquellos que pertenecen al hombre en cuanto hombre.» O bien dicen alguna cosa sobre el *status* deseado o propuesto de estos derechos, no sobre su contenido: «Derechos humanos son aquellos que pertenecen, o deberían pertenecer, a todos los hombres, o de los que ningún hombre puede ser despojado.» Finalmente, cuando se añade alguna referencia al contenido, se introducen siempre términos de valor: «Derechos humanos son aquellos cuyo reconocimiento es condición necesaria para el perfeccionamiento de la persona humana o bien para el desarrollo de la civilización, etc.» Y aquí nace una nueva

dificultad: los términos de valor son interpretables de modo diferente según la ideología asumida por el intérprete; de hecho, en qué consiste el perfeccionamiento de la persona humana o el desarrollo de la civilización es objeto de muchas apasionadas pero irresolubles controversias. El acuerdo se toma en general, cuando los contendientes, después de muchas concesiones recíprocas, consienten en aceptar una fórmula genérica, que oculta, no resuelve, la controversia: esta forma genérica deja la definición un tanto vaga, como las dos definiciones precedentes. Pero las contradicciones así aparcadas renacen cuando se pasa del momento de la enunciación puramente verbal a la aplicación.

El fundamento de derechos, de los que se sabe solamente que son condiciones para la realización de valores últimos, es la llamada a estos valores últimos. Pero los valores últimos, a su vez, no se justifican, se asumen: aquello que es último, propiamente porque es último, no tiene ningún fundamento. Los valores últimos, además, son antinómicos, no puden realizarse todos a la vez. Para realizarlos se necesitan concesiones entre las partes: en esta obra de conciliación, que requiere recíprocas renuncias, entran en juego las preferencias personales, las elecciones políticas, las orientaciones ideológicas. Queda, por consiguiente, el hecho de que todos estos tipos de definiciones no permiten elaborar una categoría de los derechos humanos de contornos netos. Nos preguntamos entonces cómo es posible concluir el problema del fundamento, absoluto o relativo, de derechos sobre los que no es posible dar una noción precisa.

5. En segundo lugar, los derechos del hombre constituyen una clase variable, como la historia de estos últimos siglos muestra suficientemente. El elenco de los derechos humanos se ha modificado y va modificándose con el cambio de las condiciones históricas, esto es, de las necesidades, de los intereses, de las clases en el poder, de los medios disponibles para su realización, de las transformaciones técnicas, etc. Derechos que habían sido declarados absolutos a finales del siglo XVIII, como la propiedad *sacrée et inviolable,* han sido sometidos a radicales limitaciones en las declaraciones contemporáneas; derechos que las declaraciones del XVIII no mencionaban siquiera, como los derechos sociales, son ahora proclamados con gran ostentación en todas las declaraciones recientes. No es difícil prever que en el futuro podrán aparecer nuevas pretensiones que ahora no alcanzamos si-

quiera a entrever, como el derecho a no portar armas contra la propia voluntad, o el derecho a respetar la vida también de los animales, y no sólo de los hombres. Lo que prueba que no existen derechos fundamentales por su propia naturaleza. Aquello que parece fundamental en una época histórica y en una civilización determinada, no es fundamental en otra época y en otra cultura.

No se comprende cómo se puede dar un fundamento absoluto de derechos históricamente relativos. Por otro lado, no es necesario tener miedo al relativismo. La constatada pluralidad de las concepciones religiosas y morales es un dato histórico, también sujeto a cambio. El relativismo, que de esta pluralidad deriva, es también relativo. Y con eso y todo este pluralismo es el argumento más fuerte en favor de algunos derechos humanos, más exaltados, como la libertad religiosa y, en general, la libertad de pensamiento. Si no estuviésemos convencidos de la irreductible pluralidad de las concepciones últimas, y estuviésemos convencidos, al contrario, de que asertos religiosos, éticos y políticos son demostrables como teoremas (era la ilusión de los iusnaturalistas, de un Hobbes, por ejemplo, que llamaba «teoremas» a las leyes naturales), los derechos a la libertad religiosa o a la libertad de pensamiento político perderían su misma razón de ser, o por lo menos adquirirían otro significado: existiría no el derecho de tener la propia religión personal o de expresar el propio pensamiento político, sino el derecho a no ser disuadido por la fuerza de la búsqueda de la única verdad religiosa y del único bien político. Piénsese en la profunda diferencia que existe entre el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la libertad científica. El derecho a la libertad religiosa consiste en el derecho a profesar cualquier religión e incluso a no profesar ninguna. El derecho a la libertad científica consiste no en el derecho a profesar cualquier verdad científica o incluso a no profesar ninguna, sino esencialmente en el derecho a no ser obstaculizado en el desarrollo de la investigación científica.

6. Además de mal definible y variable, la clase de los derechos humanos es también heterogénea. Entre los derechos comprendidos en la misma declaración existen pretensiones muy distintas y, lo que es peor, también incompatibles. Por tanto, las razones que sirven para sostener a unas no sirven para otras. En este caso, no se debería hablar de fundamento, sino de funda-

mentos de los derechos del hombre, de distintos fundamentos según el derecho cuyas buenas razones se desea defender.

Ante todo entre los derechos humanos, como ha sido observado muchas veces, existen derechos con *status* muy distintos. Pero hay algunos que sirven en todas las situaciones y para todos los hombres indistintamente: son aquellos derechos que se exige no sean limitados ni en casos excepcionales ni respecto a esta o aquella categoría, aunque sea restringida, de seres humanos, como, por ejemplo, el derecho a no ser mantenidos como esclavos y a no ser torturados. Estos derechos son privilegiados, porque no vienen puestos en concurrencia con otros derechos también fundamentales. Pero entre los considerados derechos fundamentales, aquellos que no son suspendidos en circunstancia alguna o negados para alguna categoría de personas son bien pocos: en otras palabras, son bien pocos los derechos considerados fundamentales que no se encuentran en concurrencia con otros derechos considerados también como fundamentales, y que no impongan, por tanto, en ciertas situaciones y respecto a particulares categorías de destinatarios, una elección. No se puede afirmar un nuevo derecho en favor de una categoría de personas sin suprimir algún viejo derecho, del que se beneficiaban otras categorías de personas: el reconocimiento del derecho a no ser mantenidos como esclavos implica la eliminación del derecho de poseer los esclavos; el reconocimiento del derecho a no ser torturados implica la supresión del derecho de torturar. En estos casos la elección parece fácil, y es tan evidente que nos asombraríamos si se nos exigiese justificarla (consideramos evidente en la moral aquello que no tiene necesidad de ser justificado).

Pero en la mayor parte de los casos la elección es dudosa y exige ser motivada. Esto depende del hecho de que tanto el derecho que se afirma como aquel que se niega tienen sus buenas razones: en Italia, por ejemplo, se exige la abolición de la censura previa de los espectáculos cinematográficos; la elección es simple, si se pone sobre un plato de la balanza la libertad del artista y sobre el otro el derecho de ciertos órganos administrativos, a menudo incompetentes y mezquinos, a sofocarla; pero parece más difícil si se contrapone al derecho de expresión del productor de la película el derecho del público a no ser escandalizado, ofendido o excitado. La dificultad de la elección se resuelve con la introducción de los límites a la extensión de uno de los

dos derechos, de forma que sea en parte salvaguardado también el otro: en relación a los espectáculos, por continuar con el ejemplo, nuestra Constitución prevé el límite de las buenas costumbres.

Parece, por consiguiente, que se debe concluir en este punto que derechos con eficacia distinta no pueden tener el mismo fundamento y sobre todo que los derechos del segundo tipo, fundamentales, sí, pero sujetos a restricciones, no pueden tener un fundamento absoluto, que no permitiría dar una justificación válida a la restricción.

7. De este caso, donde se resalta un contraste entre el derecho fundamental de una categoría de sujetos y el derecho también fundamental de otra categoría, es necesario distinguir otro que hace aún más gravemente arriesgada la búsqueda del fundamento absoluto: aquel en el que se resalta una antinomia entre los derechos invocados por los mismos sujetos. Todas las declaraciones recientes de los derechos humanos comprenden, además de los tradicionales derechos individuales que consisten en *libertades,* los considerados derechos sociales que consisten en *poderes.* Los primeros requieren por parte de los otros (incluidos los órganos públicos) obligaciones puramente negativas de abstenerse de determinados comportamientos; los segundos pueden ser realizados sólo si vienen impuestos a otros (incluidos los órganos públicos) un cierto número de obligaciones positivas. Son antinómicos en el sentido de que su propio desarrollo no puede realizarse paralelamente: la realización integral de los unos impide la de los otros. Cuanto más aumentan los poderes de los individuos, más disminuyen las libertades de los mismos. Se trata de dos situaciones jurídicas tan distintas que los argumentos hechos valer para sostener la primera no sirven para sostener la segunda. Los dos principales argumentos para introducir algunas libertades entre los derechos fundamentales son: *a)* la irreductibilidad de las creencias últimas; *b)* la creencia de que el individuo podrá prosperar moralmente más y promover también el progreso material de la sociedad cuanto más libre sea. De estos dos argumentos el primero es, para justificar la exigencia de nuevos poderes, irrelevante, y el segundo se ha revelado históricamente falso.

Dos derechos fundamentales antinómicos no pueden tener, el uno y el otro, un fundamento absoluto, un fundamento que con-

vierta a ambos al mismo tiempo en irrefutables e irresistibles. Al contrario, conviene recordar que históricamente la ilusión del fundamento absoluto de algunos derechos establecidos ha sido un obstáculo para la introducción de nuevos derechos, en todo o en parte incompatibles con aquéllos. Piénsese en las pegas puestas al progreso de la legislación social por la teoría iusnaturalista del fundamento absoluto de la propiedad: la oposición casi secular contra la introducción de los derechos sociales ha sido hecha en nombre del fundamento absoluto de los derechos de libertad. El fundamento absoluto no es solamente una ilusión; alguna vez es también un pretexto para defender posiciones conservadoras.

8. Hasta aquí he expuesto algunas razones por las cuales creo imposible una investigación sobre el fundamento absoluto de los derechos del hombre. Pero existe otro aspecto de la cuestión que emerge de estas últimas consideraciones. Y con esto paso al tercer tema que me he planteado al principio. Se trata de saber si la investigación del fundamento absoluto, si fuera coronada con éxito, obtiene el resultado esperado de conseguir más rápida y eficazmente el reconocimiento y la realización de los derechos humanos. Aquí entra en discusión el segundo dogma del racionalismo ético, que es, pues, la segunda ilusión del iusnaturalismo: que los valores últimos no sólo se pueden demostrar como teoremas, sino que basta con haberlos demostrado, esto es, quedan en un cierto sentido como irrefutables e irresistibles, para asegurar su realización. Al lado del dogma de la demostrabilidad de los valores últimos, cuya falta de fundamentación se ha intentado demostrar en los parágrafos precedentes, el racionalismo ético, en su forma más radical y antigua, sostiene también que la demostrada racionalidad de un valor es condición no sólo necesaria sino suficiente de su realización. El primer dogma asegura la *potencia* de la razón, el segundo su *primacía.*

Este segundo dogma del racionalismo ético, y del iusnaturalismo, que es la expresión histórica más notable del racionalismo ético, es desmentido por la experiencia histórica. Aduzco sobre este punto tres argumentos.

Antes de nada, no se puede decir que los derechos humanos hayan sido respetados más en la edad en la que los pensadores estaban de acuerdo en la creencia de haber encontrado para defenderlos un argumento irrefutable, es decir, un fundamento ab-

soluto: su derivación de la esencia o de la naturaleza humana. En segundo lugar, no obstante la crisis de los fundamentos, por primera vez en estos decenios la mayor parte de los gobiernos existentes han proclamado de común acuerdo una Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Por consiguiente, después de esta Declaración el problema de los fundamentos ha perdido gran parte de su interés. Si la mayor parte de los gobiernos existentes están de acuerdo en una declaración común, es signo de que han encontrado buenas razones para hacerlo. Por eso, ahora no se trata tanto de buscar otras razones, o sin más, como querrían los iusnaturalistas resucitados, la razón de las razones, sino de poner las soluciones para una más amplia y escrupulosa realización de los derechos proclamados. Ciertamente, para cooperar en la creación de estas condiciones se necesita estar convencido de que la realización de los derechos del hombre es un fin deseable; pero no basta con esta convicción para que estas condiciones se realicen. Muchas de ellas (y así paso al tercer tema) no dependen de la buena voluntad siquiera de los gobernantes y tanto menos de las buenas razones adoptadas para demostrar la bondad absoluta de estos derechos: sólo la transformación industrial en un país, por ejemplo, hace posible la protección de los derechos conectados a las relaciones de trabajo. Recuérdese que el argumento más fuerte dado por los reaccionarios de todos los países contra los derechos humanos, en especial contra los derechos sociales, no es ya su misma falta de fundamento, sino su imposibilidad de realización. Cuando se trata de enunciarlos, el acuerdo es obtenido con relativa facilidad, independientemente de la mayor o menor convicción de su fundamento absoluto: cuando se trata de pasar a la acción, aunque fuese el fundamento indiscutible, comienzan las reservas y las oposiciones.

El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de *justificarlos* como el de *protegerlos*. Es un problema no filosófico, sino político.

9. Que exista una crisis de los fundamentos es innegable. Es necesario ser consciente de ella, pero no intentar superarla buscando otro fundamento absoluto para sustituir al perdido. Nuestra tarea, hoy, es mucho más modesta, pero también más difícil. No se trata de encontrar el fundamento absoluto —empresa sublime pero desesperada—, sino, cada vez, los *varios fundamen-*

tos posibles. Sin embargo, también esta investigación de los fundamentos posibles —empresa legítima y no destinada como la otra al fracaso— no tendrá ninguna importancia histórica si no es acompañada del estudio de las condiciones, de los medios y de las situaciones en las que este o aquel derecho puede ser realizado. Tal estudio es tarea de las ciencias históricas y sociales. El problema filosófico de los derechos humanos no puede ser disociado del estudio de los problemas históricos, sociales, económicos, psicológicos, inherentes a su propia realización: el problema de los fines del de los medios. Esto significa que el filósofo no está solo. El filósofo que se obstina en permanecer solo termina por condenar la filosofía a la esterilidad. Esta crisis de los fundamentos es también un aspecto de la crisis de la filosofía.

IV

Presente y porvenir de los derechos humanos *

Hace tres años, en 1964, dentro del encuentro promovido por el «Institut International de Philosophie» sobre el «fundamento de los derechos humanos», tuve ocasión de decir en un tono algo perentorio, al final de mi ponencia [1], que el problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos no era el de fundamentarlos, sino el de protegerlos. Desde entonces no he tenido razón alguna para cambiar de idea. Si acaso, esa frase que,

* Hay, que yo conozca, dos traducciones castellanas: una de Alfonso Ruiz Miguel, «Presente y porvenir de los derechos humanos», en *Anuario de Derechos Humanos*, num. 1, Madrid, 1981, que es la que se sigue casi en su totalidad. Otra de Jorge Binaghi, «Presente y futuro de los derechos del hombre», en el libro *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Madrid, 1982 *(N. del T.)*.

dirigida a un público de filósofos, podía tener una intención polémica, cuando he tenido que repetirla en el encuentro, predominantemente jurídico, promovido por el «Comitato consultivo italiano per i diritti dell'uomo» [2], ha podido servir como introducción, por así decirlo, casi obligada.

El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados. Por lo demás, cuando la Asamblea general en su última sesión acogía la propuesta de que la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, decidida en la sesión del año anterior, se desarrollara en Teherán en la primavera de 1968, deseaba que la conferencia marcase «un notable paso adelante en la acción realizada para alentar y extender el *respeto* de los derechos humanos y de las libertades fundamentales» [3]. Se entiende que la existencia del «respeto» a los derechos humanos y las libertades fundamentales nace de la convicción generalmente compartida de que ya están fundados: el problema del fundamento es ineludible. Pero cuando digo que el problema cada vez más urgente frente al que nos encontramos no es el problema del fundamento, sino el de las garantías, quiero decir que consideramos el problema del fundamento no como inexistente sino como, en un cierto sentido, resuelto, de tal modo que no debemos preocuparnos más de su solución. En efecto, hoy se puede decir que el problema del fundamento de los derechos humanos ha tenido su solución en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

La Declaración Universal de Derechos Humanos representa la manifestación de la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado y, por tanto, reconocido: esta prueba es el consenso general acerca de su validez. Los iusnaturalistas habrían hablado de *consensus omnium gentium* o *humani generis*.

Hay tres modos de fundar los valores: deducirlos de un dato objetivo constante, por ejemplo la naturaleza humana; considerarlos como verdades evidentes por sí mismas, y, finalmente, des-

cubrir que en un determinado período histórico son generalmente consensuados (la prueba, precisamente, del consenso). El primer modo nos ofrecería la mayor garantía de su validez universal si realmente existiera la naturaleza humana y, admitido que exista como dato constante e inmodificable, nos fuera dado conocerla en su esencia: a juzgar por la historia del iusnaturalismo, la naturaleza humana ha sido interpretada de los modos más diversos, y la apelación a la naturaleza ha servido para justificar sistema de valores incluso opuestos entre sí. ¿Cuál es el derecho natural del hombre según su naturaleza? ¿El derecho del más fuerte, como quería Spinoza, o el derecho a la libertad, como quería Kant? El segundo modo —la apelación a la evidencia— tiene el defecto de presentarse más allá de toda prueba y rechazar cualquier otra posible argumentación de carácter racional: en realidad, apenas sometemos a la verificación histórica valores proclamados como evidentes nos damos cuenta de que lo que ha sido considerado evidente por algunos en un momento dado ya no se considera evidente por otros en otro momento. Que la propiedad es «sagrada e inviolable» debió aparecer probablemente como evidente a los autores de la Declaración del 89. Hoy, en cambio, ha desaparecido totalmente cualquier alusión al derecho de propiedad como derecho humano en los documentos más recientes de las Naciones Unidas [4]. Actualmente, ¿quién no piensa que es evidente que no se debe torturar a los detenidos? Y, sin embargo, durante muchos siglos la tortura fue aceptada y defendida como un procedimiento judicial normal. Desde que los hombres han reflexionado sobre la justificación del uso de la violencia ha parecido evidente que *vim vi repellere licet,* mientras que ahora se van difundiendo cada vez más teorías de la no violencia que se fundan precisamente en el rechazo a ese principio.

El tercer modo de justificar los valores es mostrar que están apoyados en el consenso, según el cual un valor estaría tanto más fundado cuanto más compartido fuese. Con el argumento del consenso se sustituye la prueba de la objetividad —considerada imposible o extremadamente incierta— por la de la intersubjetividad. Ciertamente, se trata de un fundamento histórico y, como tal, no absoluto: pero el histórico del consenso es el único fundamento que puede ser probado factualmente. Pues bien, la Declaración Universal de Derechos Humanos puede ser aceptada como la mayor prueba histórica que nunca haya existido del

consensus omnium gentium acerca de un determinado sistema de valores. Los viejos iusnaturalistas desconfiaban —y no erraban totalmente— del consenso general como fundamento del Derecho natural porque era difícil de comprobar. Era necesario buscar sus documentos a través de la inquieta y oscura historia de las naciones, como intentaría hacer Giambattista Vico. Pero ahora ese documento existe: ha sido aprobado por cuarenta y ocho Estados el 10 de diciembre de 1948 en la Asamblea General de las Naciones Unidas y recibido desde entonces como inspiración y orientación en el proceso de crecimiento de toda la comunidad internacional hacia una comunidad no sólo de Estados, sino de individuos libres e iguales. No sé si nos damos cuenta de hasta qué punto la Declaración Universal representa un hecho nuevo en la historia, en cuanto que por vez primera en la historia un sistema de principios fundamentales de la conducta humana ha sido libre y expresamente aceptado, a través de sus gobiernos respectivos, por la mayor parte de los hombres que habitan la tierra. Con esta Declaración un sistema de valores es (por primera vez en la historia) *universal* no en principio, sino *de hecho,* en cuanto que el consenso sobre su validez e idoneidad para regir la suerte de la comunidad futura de todos los hombres ha sido explícitamente declarado. (Los valores de los que han sido portadores las religiones y las iglesias, incluso la más universal de las religiones, la cristiana, *de hecho,* sólo han implicado a una parte de la humanidad.) Sólo después de la Declaración podemos tener la certidumbre histórica de que la humanidad, toda la humanidad, comparte algunos valores comunes y podemos creer finalmente en la universalidad de los valores en el único sentido en que tal creencia es históricamente legítima, es decir, en el sentido en que universal significa no dado objetivamente, sino subjetivamente acogido por el universo de los hombres.

Este universalismo ha sido una lenta conquista. En la historia de la formación de las declaraciones de derechos se pueden distinguir al menos tres fases. Las declaraciones nacen como teorías filosóficas. Su primera fase ha de buscarse en las obras de los filósofos. Si no queremos retroceder hasta la idea estoica de la sociedad universal de los hombres racionales —el sabio es ciudadano no de esta o aquella patria, sino del mundo—, la idea de que el hombre tiene, en cuanto tal, derechos por naturaleza que nadie, ni siquiera el Estado, le puede sustraer y que ni él

mismo no puede enajenar (incluso si en caso de necesidad los enajena, la transmisión no es válida) ha sido elaborada por el iusnaturalismo moderno. Su padre es John Locke. Según Locke, el verdadero estado del hombre no es el estado civil, sino el natural, es decir, el estado de naturaleza en donde los hombres son libres e iguales, siendo el estado civil una creación artificial que no tiene otro fin que el de permitir el más amplio desenvolvimiento de la libertad y la igualdad naturales. Aun cuando la hipótesis del estado de naturaleza haya sido ya abandonada, las primeras palabras con las que comienza la Declaración Universal de Derechos Humanos mantienen un preciso eco de ella: «Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.» Lo que es un modo diferente de decir que los hombres son *por naturaleza* libres e iguales. ¿Y cómo no recordar las célebres palabras con las que comienza el *Contrato social* de Rousseau: «El hombre *ha nacido* libre y en todas partes se encuentra encadenado»? La Declaración mantiene un eco de ella porque los hombres *de hecho* no nacen ni libres ni iguales [5]. Son libres e iguales respecto a un nacimiento o naturaleza ideal, que era precisamente la que tenían en mente los iusnaturalistas cuando hablaban de estado de naturaleza. La libertad y la igualdad de los hombres no son un dato de hecho, sino un ideal a perseguir; no una existencia, sino un valor; no un ser, sino un deber. En cuanto teorías filosóficas, las primeras afirmaciones de los derechos humanos son pura y simplemente la expresión de un pensamiento individual: son universales respecto al contenido en cuanto que se dirigen a un hombre racional fuera del espacio y del tiempo, pero son extremadamente limitadas respecto a su eficacia, en cuanto que son, en la mejor de las hipótesis, propuestas para un legislador futuro.

En el momento en que estas teorías son acogidas por vez primera por un legislador —y eso ocurre con las Declaraciones de derechos de los Estados americanos y de la Revolución Francesa (un siglo más tarde)— y puestas en la base de una nueva concepción del Estado, que ya no es absoluto sino limitado, que ya no es fin en sí mismo sino medio para la consecución de fines que están establecidos antes y fuera de su propia existencia, la afirmación de los derechos humanos ya no es la expresión de una noble exigencia, sino el punto de partida para la institución de un verdadero sistema de derechos en el sentido estricto de la

palabra, esto es, como derechos positivos o efectivos. El segundo momento de la historia de las Declaraciones de derechos humanos consiste, pues, en el paso de la teoría a la práctica, del derecho solamente pensado al derecho realizado. En este paso la afirmación de los derechos humanos gana concreción pero pierde universalidad. Los derechos quedan protegidos de ahora en adelante, es decir, son verdaderos derechos positivos, pero valen sólo en el ámbito del Estado que los reconoce. Aun cuando se mantenga en las fórmulas solemnes la distinción entre los derechos del hombre y los derechos del ciudadano, ya no son derechos del hombre, sino del ciudadano, o, por lo menos, son derechos del hombre sólo en cuanto son derechos del ciudadano de este o aquel Estado concreto.

Con la Declaración de 1948 comienza una tercera y última fase *en la que la afirmación de los derechos es a la vez universal y positiva:* universal en el sentido de que destinatarios de los principios allí contenidos no son ya solamente los ciudadanos de tal o cual Estado, sino todos los hombres; positiva en el sentido de que pone en marcha un proceso en cuya culminación los derechos humanos no sólo serían proclamados o idealmente reconocidos, sino efectivamente protegidos incluso contra el propio Estado que los viola. En la culminación de este proceso, los derechos del ciudadano se habrán transformado realmente, positivamente, en los derechos del hombre. O al menos serán los derechos del ciudadano de aquella ciudad que no conoce confines, porque comprende a toda la humanidad, o en otras palabras, serán los derechos del hombre en cuanto derechos del ciudadano del mundo. Darían ganas de describir el proceso de desarrollo que termina con la Declaración Universal también de otro modo, sirviéndonos de las categorías tradicionales del Derecho natural y del Derecho positivo: los derechos humanos nacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos particulares, para encontrar al fin su plena realización como derechos positivos universales. La Declaración Universal contiene en germen la síntesis de un movimiento dialéctico que comienza con la universalidad abstracta de los derechos naturales, pasa a la particularidad concreta de los derechos positivos nacionales, y termina con la universalidad no ya abstracta, sino concreta de los derechos positivos universales [6].

Cuando digo que «contiene en germen» quiero llamar la aten-

ción sobre el hecho de que la Declaración Universal es sólo el comienzo de un largo proceso del que no estamos en condiciones de ver todavía la realización final. La Declaración es algo más que un sistema doctrinal, pero algo menos que un sistema de normas jurídicas. Por lo demás, como ha sido repetidamente observado, la propia Declaración proclama los principios de los que se hace pregonera, no como normas jurídicas, sino como «ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse». Una referencia a las normas jurídicas existe, pero se contiene en un juicio hipotético. En efecto, en el Preámbulo se lee que es «esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión». Esta proposición se limita a establecer un nexo necesario entre un determinado medio y un determinado fin o, si se quiere, presenta una elección entre dos alternativas: o la protección jurídica o la rebelión. Pero ella misma no da el medio. Indica cuál de las dos alternativas escoge, pero no está todavía en condiciones de realizarla. Una cosa es indicar el camino y otra recorrerlo hasta el final.

Cuando los derechos humanos se consideraban derechos naturales, la única defensa posible contra su violación por parte del Estado era un derecho también natural, el llamado derecho de resistencia. Después, en las constituciones que reconocieron la protección jurídica de algunos de estos derechos, el derecho natural de resistencia se transforma en un derecho positivo a promover una acción judicial contra los propios órganos del Estado. Pero, ¿qué pueden hacer los ciudadanos de un Estado que no haya reconocido los derechos del hombre como derechos dignos de protección? Una vez más, no tienen abierta otra vía que la del llamado derecho de resistencia. Sólo la extensión de esta protección desde algunos Estados hasta todos los Estados y, a la vez, la protección de esos mismos derechos en un grado más alto que el del Estado, el de la comunidad internacional, total o parcial, podrá volver cada vez menos probable la alternativa entre opresión y resistencia. Es claro, por consiguiente, que con aquel juicio hipotético (o, lo que es lo mismo, con aquella alternativa) los autores de la Declaración han demostrado que son perfectamente conscientes del medio que conduce al fin deseable. Pero una cosa es la consciencia del medio y otra su realización.

Cuando se dice que la Declaración Universal ha representado sólo el momento inicial de la fase final del proceso de positivación universal de los derechos humanos, se piensa a menudo en la dificultad de poner en marcha medidas eficaces para su garantía en una comunidad como la internacional, en la que no se ha producido todavía el proceso de monopolización de la fuerza que ha caracterizado el nacimiento del Estado moderno. Pero existen también problemas de desarrollo que afectan al propio contenido de la Declaración. Respecto al contenido, esto es, a la cantidad y a la calidad de los derechos enumerados, la Declaración no puede presentar ninguna pretensión de ser definitiva. También los derechos humanos son derechos históricos, que surgen gradualmente de las luchas que el hombre combate por su emancipación y de la transformación de las condiciones de vida que estas luchas producen. La expresión «derechos del hombre», que es ciertamente, aunque oportunamente, enfática, puede llamar a engaño, porque hace pensar en la existencia de derechos pertenecientes a un hombre abstracto y, como tal, sustraído al fluir de la historia, a un hombre esencial y eterno de cuya contemplación derivamos el conocimiento infalible de sus derechos y deberes. Hoy sabemos que también los derechos llamados humanos son el producto no de la naturaleza, sino de la civilización humana: en cuanto derechos históricos son mutables, esto es, susceptibles de transformación y de ampliación. Basta mirar los escritos de los primeros iusnaturalistas para darse cuenta de cómo se ha ampliado la lista de los derechos: Hobbes incluso no conocía más que uno, el derecho a la vida. Como todo el mundo sabe, el desarrollo de los derechos del hombre ha pasado a través de tres fases: en un primer tiempo se han afirmado los derechos de libertad, es decir, todos aquellos derechos que tienden a limitar el poder del Estado y a reservar al individuo o a los grupos particulares de una esfera de libertad *respecto* del Estado; en un segundo tiempo se han propugnado los derechos políticos, que, al concebirse la libertad no sólo negativamente como no-impedimento, sino positivamente como autonomía, han tenido por consecuencia la participación cada vez más amplia, difundida y frecuente de los miembros de una comunidad en el poder político (o libertad *en el* Estado); en fin, se han proclamado los derechos sociales que expresan la maduración de nuevas exigencias, digamos incluso de nuevos valores, como los del bienestar

y de la igualdad no solamente formal, que se podrían llamar libertad *a través* o *por medio* del Estado. Si a Locke, campeón de los derechos de libertad, le hubiera dicho alguien que todos los ciudadanos habrían de participar en el poder político y, peor todavía, obtener un trabajo remunerado, habría respondido que eran locuras. Y, sin embargo, Locke había escrutado a fondo la naturaleza humana; pero la naturaleza humana que él había observado era la del burgués o del mercader del siglo XVIII, y allí no había leído, porque no podía leerlo desde aquel punto de vista, las exigencias y las demandas de quien tenía otra naturaleza o, más precisamente, no tenía naturaleza humana alguna (ya que la naturaleza humana se identificaba con la de los pertenecientes a una determinada clase).

Ahora bien, la Declaración Universal de Derechos Humanos que, ciertamente, respecto al proceso de protección global de los derechos humanos, es un punto de partida hacia una meta progresiva, como hemos dicho hasta aquí, representa, en cambio, respecto al contenido, esto es, respecto a los derechos proclamados, un punto de reposo de un proceso todo menos concluido. Los derechos enumerados en la Declaración no son los únicos ni posibles derechos humanos: son los derechos del hombre histórico tal y como se configuraba en la mente de los redactores de la Declaración después de la tragedia de la Segunda Guerra Mundial, en una época que había tenido comienzo con la Revolución Francesa y había llegado hasta la Revolución Soviética. No hace falta mucha imaginación para prever que desarrollo de la técnica, transformación de condiciones económicas y sociales, ampliación de los conocimientos e intensificación de los medios de comunicación podrán producir tales cambios en el orden de la vida humana y de las relaciones sociales como para crear ocasiones favorables para el nacimiento de nuevas necesidades y, por consiguiente, para nuevas demandas de libertad y de poderes. Por dar sólo algún ejemplo, la creciente cantidad e intensidad de informaciones a las que el hombre actual está sometido hace surgir cada vez más la necesidad de no ser engañados, excitados, turbados por una propaganda incordiante y deformante; se perfila, contra el derecho a expresar las propias opiniones, el derecho a la verdad de las informaciones. En el campo del derecho a la participación en el poder, en la medida en que el poder económico se hace cada vez más determinante en

las decisiones políticas y cada vez más decisivo para las elecciones que condicionan la vida de cada hombre, se hace sentir la exigencia de la participación en el poder económico junto y más allá del derecho, ya reconocido en todas partes aunque no siempre aplicado, de participación en el poder político. El campo de los derechos sociales, en fin, está en continuo movimiento: así como las demandas de protección social nacieron con la Revolución Industrial, es probable que el rápido desarrollo técnico y económico lleve consigo nuevas demandas que hoy ni siquiera estamos en condiciones de prever. La Declaración Universal representa la consciencia histórica que la humanidad tiene de sus propios valores fundamentales en la segunda mitad del siglo XX. Es una síntesis del pasado y una inspiración para el porvenir; pero sus tablas no han sido esculpidas de una vez para siempre.

Con esto quiero decir que la comunidad internacional se encuentra hoy no sólo frente al problema de aprestar garantías válidas a esos derechos, sino también frente al de perfeccionar continuamente el contenido de la Declaración, articulándolo, especificándolo, actualizándolo, de tal modo que no cristalice y se vuelva rígido en fórmulas tanto más solemnes cuanto más vacías. Este problema ha sido afrontado por los organismos internacionales en estos últimos años, especialmente en el segundo decenio, con una serie de actos que muestran lo grande que en estos organismos es la consciencia de la historicidad del documento inicial y de la necesidad de mantener lo vivo haciéndolo crecer desde dentro. Se trata de un verdadero desarrollo o quizá incluso de una gradual maduración de la Declaración, que ha generado y está generando otros documentos interpretativos e incluso integradores del documento inicial.

Me limito a dar algún ejemplo: la *Declaración de Derechos del Niño,* adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, se refiere en su Preámbulo a la Declaración Universal, pero inmediatamente después de esta referencia presenta el problema de los derechos del niño como una especificación de la solución dada al problema de los derechos del hombre. Donde se dice que «el niño, por causa de su inmadurez física e intelectual, necesita una protección *particular* y cuidados *especiales*». Está claro que los derechos del niño se consideran como un *ius singulare* respecto a un *ius commune;* la importancia que se les da a través del nuevo documento deriva de un proceso de

especificación de lo genérico, en el cual se realiza el respeto de la máxima *suum cuique tribuere.* Piénsese en el artículo 2 de la Declaración Universal que condena toda discriminación basada, aparte de en la religión, la lengua, etc., también en el sexo y la raza. Por lo que respecta a la discriminación basada en la diferencia de sexo, la Declaración no va ni puede ir más allá de esta enunciación genérica, porque se debe entender que cuando el texto habla de «individuos» se refiere indistintamente a los hombres y a las mujeres. Pero desde el 20 de diciembre de 1952 la Asamblea General ha aprobado una convención sobre los derechos políticos de la mujer, que en los tres primeros artículos prevé la no discriminación tanto respecto al sufragio activo y pasivo como respecto a la posibilidad de acceder a todos los cargos públicos. En cuanto a la discriminación racial bastará recordar que el 20 de noviembre de 1963 la Asamblea General aprobó una declaración (seguida dos años después por una convención) sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, que precisa en once artículos algunos supuestos de hechos típicos de la acción discriminatoria y que contempla también prácticas específicas y bien individualizadas de discriminación, como la segregación y en particular la del *apartheid* (art. 5): prácticas específicas que, evidentemente, no podían estar previstas en una declaración general.

Quizá uno de los fenómenos más interesantes y vistosos del crecimiento del problema de los derechos humanos es el conectado con el proceso de descolonización, que en sus formas históricamente más decisivas se ha producido —conviene recordarlo— después de la Declaración. Pues bien, en la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales* (aprobada el 14 de diciembre de 1960) hay la habitual referencia genérica a los derechos del hombre globalmente considerados, pero hay también algo más, la afirmación, ya desde el primer artículo, de que «la sujeción de los pueblos al dominio extranjero es una negación de los derechos fundamentales del hombre»: la cual es una verdadera integración —que no es difícil imaginar lo explosiva que es— del texto de la Declaración Universal. Una cosa es en efecto decir, como dice la Declaración Universal en el artículo 2.2, que «no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona»,

y otra cosa es considerar contraria a los derechos humanos, como hace la Declaración de independencia, «la sujeción de los pueblos al dominio extranjero». La primera afirmación afecta al individuo concreto; la segunda, a un pueblo entero. Una se detiene ante la no discriminación individual; la otra llega hasta la autonomía colectiva. Y enlaza de hecho con el principio, ya proclamado desde los tiempos de la Revolución Francesa y convertido después en uno de los motivos inspiradores de los movimientos nacionales desde el siglo pasado a hoy, del derecho de todo pueblo a la autodeterminación: principio que hace su reaparición precisamente en el artículo 2 de la misma Declaración de independencia. Se hace manifiesto así, pues, que, junto a la afirmación de los derechos del hombre concreto al que se refiere exclusivamente la Declaración Universal, hoy ha madurado, a través del proceso de descolonización y de la toma de conciencia de los nuevos valores que ese proceso expresa, la exigencia de afirmar derechos fundamentales de los pueblos que no están necesariamente incluidos en los primeros. Se ha llegado al punto de acoger el principio de autodeterminación de los pueblos como principio primero, o principio de los principios, en los últimos y más importantes documentos relativos a los derechos humanos aprobados por las Naciones Unidas. El *Pacto de derechos económicos, sociales y culturales* y el *Pacto de derechos civiles y políticos,* adoptados ambos por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, comienzan así: «Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación», y prosiguen: «En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.» El artículo 3 de ambos pactos afirma apremiadamente que: «Los Estados... promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación».

No tengo la pretensión de enumerar todos los casos en los que la actividad de promoción de los derechos humanos realizada por los órganos de Naciones Unidas —y pienso en particular en las convenciones en materia de trabajo y de libertad sindical adoptadas por la Organización Internacional del Trabajo— ha representado un desarrollo y una más precisa determinación de la Declaración Universal. Pero no puedo dejar de recordar todavía la *Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio,* aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre

de 1948, que extiende a un grupo humano considerado en su conjunto los artículos 3 a 5 de la Declaración Universal, que atribuyen al individuo concreto los derechos a la vida, a la seguridad personal y a no ser sometido a esclavitud o tratado de manera cruel, inhumana o degradante. Una vez más, más allá de los derechos del hombre como individuo se perfilan nuevos derechos de los grupos humanos, de los pueblos y de las naciones. (Un caso interesante y bastante desconcertante de esta *Magna Charta in fieri* de los pueblos es el artículo 47 del *Pacto de derechos civiles y políticos,* que habla «del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales». No es difícil de entender cuáles son las razones de una afirmación como ésta; más difícil de prever es cuáles serían sus consecuencias si fuera aplicada al pie de la letra.)

He dicho al comienzo que lo que importa no es fundar los derechos del hombre, sino protegerlos. No tengo necesidad de añadir ahora que para protegerlos no basta con proclamarlos. Hasta ahora he hablado solamente de las distintas y más o menos articuladas enunciaciones. Pero el problema real que se nos presenta es el de las medidas pensadas y pensables para su efectiva protección. Es inútil decir que nos encontramos en un camino inaccesible y en el que, además, se encuentran por lo menos dos tipos de caminantes: los que ven claro pero tienen los pies atados y los que tendrían los pies libres pero, ¡ay!, tienen los ojos vendados. Ante todo me parece que es preciso distinguir dos órdenes de dificultades, una de naturaleza propiamente más jurídico-política y otra sustancial, es decir, inherente al contenido de los derechos en cuestión.

La primera dificultad depende de la propia naturaleza de la comunidad internacional; más precisamente, del tipo de relaciones de los Estados entre sí y de cada uno de los Estados y la comunidad internacional considerada en su conjunto. Por recoger una vieja distinción que fue empleada en otros tiempos para describir las relaciones entre Estado e Iglesia, se podría decir, con esa aproximación que es ineliminable en las distinciones demasiado tajantes, que los organismos internacionales poseen una *vis directiva* y no *coactiva* respecto a los Estados que los componen. Ahora bien, cuando hablamos de protección jurídica y la queremos distinguir de otras formas de control social, pensamos en la

protección que tiene el ciudadano, cuando la tiene, dentro del Estado, es decir, en una protección que se funda en la *vis coactiva.* El problema de la eficacia de la *vis directiva,* y de la diferencia entre *vis directiva* y *vis coactiva* en cuanto a la eficacia, es un problema complejo que no puede ser tratado en este lugar. Me limito a hacer la siguiente observación: para que la *vis directiva* consiga su objetivo son precisas en general alguna de estas dos condiciones, y tanto mejor si concurren las dos a la vez: *a)* quien la ejerce debe estar muy autorizado, es decir, debe infundir, si no temor reverencial sí, al menos, respeto; *b)* aquel a quien se dirige debe ser muy razonable, es decir, debe tener una disposición general a considerar como válidos no sólo los argumentos de la fuerza, sino también los de la razón. Aun cuando toda generalización sea indebida, y aunque las relaciones entre los Estados y los organismos internacionales puedan ser de muy distinta naturaleza, hay que admitir que hay casos en los que una u otra condición vienen a faltar, cuando no faltan las dos a la vez. Y es precisamente en estos casos cuando se puede verificar más fácilmente esa situación de insuficiencia, e incluso carencia, en la protección de los derechos humanos a la que el organismo internacional debería poner remedio. El desprecio de los derechos del hombre dentro del Estado y el escaso respeto a la autoridad internacional en el exterior caminan al mismo paso. Cuanto más autoritario es un gobierno para con la libertad de sus ciudadanos, más libertario es (permítaseme usar esta expresión) respecto a la autoridad internacional.

Retomando la vieja distinción, aunque con mayor precisión, la teoría política distingue hoy sustancialmente dos formas de control social: la *influencia* y el *poder,* entendiendo por influencia el modo de control que determina la acción ajena incidiendo en su elección, y por poder el modo de control que determina el comportamiento ajeno situándole en la imposibilidad de actuar de otra forma. También a partir de esta distinción resulta claramente que existe una diferencia entre la protección jurídica en sentido estricto y las garantías internacionales: la primera se sirve de aquella forma de control social que es el poder; las segundas se fundan exclusivamente en la influencia. Considérese la teoría de Felix Oppenheim que distingue tres formas de influencia, la disuasión, el desaliento y el condicionamiento, y tres formas de poder, la violencia física, el impedimento legal y la

amenaza de graves sanciones [7]. El control de los organismos internacionales corresponde bastante bien a las tres formas de influencia, pero se detiene en el umbral de la primera forma de poder. Sin embargo, es precisamente en la primera forma de poder donde comienza ese tipo de protección que estamos habituados a llamar, por larga tradición, jurídica. Lejos de mí la idea de enviscarme en una ociosa cuestión de palabras: se trata de saber en buena ley cuáles son las posibles formas de control social y, en base a esta tipología, establecer cuáles son las actualmente empleadas y empleables por la comunidad internacional, distinguiendo, por tanto, entre formas más eficaces y formas menos eficaces respecto al fin, que es impedir o reducir al mínimo los comportamientos desviados, preguntándonos cuál es, respecto a la tutela de los derechos humanos, el grado de eficacia de las medidas actualmente aplicadas o aplicables en el plano internacional.

Las actividades hasta ahora desarrolladas por los organismos internacionales para la tutela de los derechos humanos pueden ser consideradas bajo tres aspectos: *promoción, control* y *garantía* [8]. Por promoción se entiende el conjunto de acciones que se orientan hacia este doble objetivo: *a)* inducir a los Estados que no tienen una disciplina específica para la tutela de los derechos humanos a que la introduzcan; *b)* inducir a los que ya la tienen a perfeccionarla, bien respecto al Derecho sustancial (número y calidad de los derechos a tutelar), bien respecto a los procedimientos (número y calidad de los controles jurisdiccionales). Por actividad de control se entiende el conjunto de las medidas que los distintos organismos internacionales ponen en práctica para verificar si las recomendaciones han sido acogidas y los tratados respetados y en qué grado lo han sido. Dos modos típicos para ejercer este control, ambos previstos, por ejemplo, por los dos *Pactos* de 1966 antes mencionados, son los *informes* que todo Estado signatario del tratado se compromete a presentar sobre las medidas adoptadas para tutelar los derechos humanos de conformidad con el propio pacto (ver art. 40) y las *comunicaciones* con las que un Estado parte denuncia que otro Estado parte no ha cumplido las obligaciones derivadas del pacto (ver art. 41) [9]. En fin, por actividad de garantía (quizá sería mejor hablar de garantía en sentido estricto) se entiende la organización de una verdadera tutela jurisdiccional de carácter internacional, sustitutiva

de la nacional. La separación entre las dos primeras formas de tutela de los derechos humanos y la tercera es muy tajante: mientras que tanto la promoción como el control se dirigen exclusivamente a las garantías existentes o por establecer dentro del Estado, es decir, tienden a reforzar o a perfeccionar el sistema jurisdiccional nacional, la tercera tiene por mira la creación de una nueva y más alta jurisdicción, la sustitución de la garantía nacional por la internacional, cuando ésta sea insuficiente o falte sin más.

Como es sabido, este tipo de garantía ha sido previsto por el *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos*, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953, a través del procedimiento, saludado como profundamente innovador, de las demandas individuales a la Comisión Europea de Derechos Humanos (ver art. 25) [10]. Es una innovación que hasta ahora solamente representa la punta de lanza del actual sistema de la protección internacional de los derechos humanos. Y, sin embargo, sólo se podrá hablar de tutela internacional de verdad cuando una jurisdicción internacional consiga imponerse y superponerse a las jurisdicciones nacionales, y se realice el paso desde la garantía *dentro* del Estado —que todavía caracteriza predominantemente la fase actual— hasta la garantía *contra* el Estado.

Recuérdese que la lucha por la afirmación de los derechos humanos dentro de los Estados estuvo acompañada por la instauración de los regímenes representativos, es decir, por la disolución de los Estados con poder concentrado. Aun cuando siempre deba tomarse con mucha cautela cualquier analogía histórica, es probable que la lucha por la afirmación de los derechos humanos también contra el Estado presuponga un cambio que de hecho está ya en marcha, aunque es lento, acerca de la concepción del poder externo del Estado respecto a los demás Estados y un aumento del carácter representativo de los organismos internacionales. El ejemplo del Convenio europeo enseña que las formas de garantía internacional están hoy más avanzadas donde más avanzadas se encuentran las garantías nacionales, en rigor donde menos falta harían. Llamamos «Estados de Derecho» a los Estados en los que funciona regularmente un sistema de garantías de los derechos humanos: en el mundo hay Estados de Derecho y Estados que no son de Derecho. No hay

duda de que los ciudadanos que más necesidad tendrían de la protección internacional son los ciudadanos de los Estados que no son de Derecho. Pero estos Estados son precisamente los menos inclinados a aceptar las transformaciones de la comunidad internacional que deberían abrir la vía a la institución y al buen funcionamiento de una protección jurídica plena de los derechos humanos. Dicho drásticamente, respecto a la tutela internacional de los derechos del hombre nos encontramos hoy en una fase en la que allí donde sería posible, no es quizá del todo necesaria, y donde sería necesaria, es menos posible.

Además de las dificultades jurídico-políticas, la tutela de los derechos humanos se enfrenta con dificultades inherentes al propio contenido de estos derechos. Es sorprendente lo poco que, en general, nos preocupamos de este tipo de dificultad. Como la mayor parte de estos derechos ya están aceptados por el sentimiento moral común, se cree que su ejercicio es igual de sencillo. Y en cambio es terriblemente complicado. Por un lado, el consenso general sobre ellos induce a creer que tienen un valor absoluto; por otro lado, la expresión genérica y única «derechos humanos» hace pensar en una categoría homogénea. Y en cambio los derechos humanos no son en su mayor parte absolutos ni constituyen en absoluto una categoría homogénea.

Entiendo por «valor absoluto» el *status* que compete a poquísimos derechos humanos, valederos en todas las situaciones y para todos los hombres sin distinción. Se trata de un *status* privilegiado que depende de una situación que se verifica muy raramente: es la situación en la que se encuentran derechos fundamentales que no entran en concurrencia con otros derechos también fundamentales. Hay que partir de la obvia afirmación de que se puede instituir un derecho a favor de una categoría de personas sin suprimir un derecho de otras categorías de personas. El derecho de no ser sometido a esclavitud implica la eliminación del derecho a poseer esclavos, así como el derecho a no ser torturado implica la supresión del derecho de torturar. Pues bien, estos derechos pueden ser considerados absolutos porque la acción que se considera ilícita como consecuencia de su institución y protección es condenada universalmente. Prueba de ello es que en el Convenio europeo de derechos humanos ambos derechos están excluidos de la suspensión de la tutela que afecta a todos los demás en caso de guerra o de otro peligro (ver

art. 15.2). En la mayor parte de las situaciones en las que está en cuestión un derecho humano ocurre en cambio que dos derechos igualmente fundamentales se enfrentan y no se puede proteger uno incondicionalmente sin hacer inoperante el otro. Piénsese, por poner un ejemplo, en el derecho a la libertad de expresión, por un lado, y en el derecho a no ser engañados, excitados, escandalizados, injuriados, difamados, vilipendiados, por otro lado. En estos casos, que son la mayor parte, se debe hablar de derechos fundamentales no absolutos sino relativos, en el sentido de que su tutela encuentra en un cierto punto un límite insuperable en la tutela de un derecho también fundamental pero concurrente. Y puesto que es difícil de establecer y siempre es materia opinable cuál es el punto en que uno termina y comienza el otro, la delimitación del ámbito de un derecho fundamental del hombre es extremadamente variable y no puede ser de una vez para siempre establecida.

Algunos artículos del Convenio europeo de derechos humanos, como es sabido, se dividen en dos epígrafes, de los que el primero enuncia el derecho, y el segundo enumera las, a veces, numerosas restricciones. Además, hay situaciones en las que incluso un derecho que algunos grupos consideran fundamental no consigue hacerse reconocer, porque continúa prevaleciendo el derecho fundamental que se le contrapone, como ocurre con la objeción de conciencia. ¿Qué es más fundamental, el derecho de no matar o el derecho de la colectividad en su conjunto a ser defendida de una agresión exterior? ¿Con qué criterio valorativo puede resolverse una cuestión como ésa? ¿Mi conciencia?, ¿el sistema de valores del grupo al que pertenezco?, ¿la conciencia moral de la humanidad en un momento histórico dado? ¿Y quién no se da cuenta de que cada uno de estos criterios es extremadamente vago, demasiado vago, para la realización de aquel principio de certeza del que parece tener necesidad un sistema jurídico para distribuir con imparcialidad la razón y el error?

Cuando digo que los derechos humanos constituyen una categoría heterogénea me refiero al hecho de que, desde el momento en que se han considerado como derechos del hombre también los derechos sociales, además de los de libertad, la categoría en su conjunto contiene derechos incompatibles entre sí, es decir, derechos cuya protección no puede ser atribuida sin restringir o suprimir la protección de otros. Fantaséese cuanto se

quiera sobre una sociedad a la vez libre y justa en la que se realicen global y contemporáneamente los derechos de libertad y los derechos sociales; las sociedades reales, que son las que tenemos a la vista, en la medida en que son más libres son menos justas y en la medida en que son más justas son menos libres. Por entendernos, llamo «libertades» a los derechos que quedan garantizados cuando el Estado no interviene, y «poderes» a aquellos derechos que requieren una intervención del Estado para su ejercicio. Pues bien: libertades y poderes, a menudo, no son complementarios, como suele creerse, sino incompatibles. Por poner un ejemplo banal, el aumentado poder de adquirir un automóvil ha disminuido la libertad de circulación hasta casi paralizarla. Un ejemplo un poco menos banal: la extensión del derecho social de ir a la escuela hasta los catorce años ha suprimido en Italia la libertad de elegir un tipo de escuela en vez de otra. Pero quizá no tenemos necesidad de dar ejemplos: la sociedad histórica en que vivimos, caracterizada por la cada vez mayor organización para la eficacia, es una sociedad en la que adquirimos cada día un trozo de poder a cambio de un jirón de libertad. Por lo demás, esta distinción entre dos tipos de derechos humanos, cuyo ejercicio total y contemporáneo es imposible, está consagrada por el hecho de que también en el plano teórico se enfrentan y oponen dos concepciones distintas de los derechos humanos, la liberal y la socialista.

La diferencia entre las dos concepciones consiste precisamente en la respectiva convicción de que entre ambos tipos de derechos hay que hacer una elección o, al menos, establecer un orden de prioridades. Incluso si ninguna de las dos pretende hacer síntesis, la historia ha sometido a dura prueba los regímenes que las representan. Lo que podemos esperar del desarrollo de los dos tipos de régimen no es una síntesis definitiva, sino todo lo más un compromiso (es decir, una síntesis, sí, pero provisional). Pero una vez más, ¿cuáles serán los criterios de valoración en base a los cuales se intentará el compromiso? Tampoco nadie está en condiciones de dar a esta pregunta una respuesta que libere a la humanidad del peligro de incurrir en trágicos errores. A través de la proclamación de los derechos del hombre hemos hecho emerger los valores fundamentales de la civilización humana hasta el momento presente. Ya, pero los valores últimos son antinómicos: éste es el problema.

Una última consideración. He hablado de las dificultades que surgen en el propio seno de la categoría de los derechos humanos considerada en su complejidad. Queda por aludir a una dificultad que se refiere a las condiciones de su ejercicio. No todo lo que es deseable y merecedor de ser perseguido es realizable. Para la realización de los derechos del hombre a menudo son precisas condiciones objetivas que no dependen de la buena voluntad de quienes los proclaman ni de la buena disposición de quienes presiden los medios para protegerlos. Incluso el más liberal de los Estados se encuentra en la necesidad de suspender algunos derechos de libertad en tiempo de guerra; así como el más socialista de los Estados no estará en condiciones de garantizar el derecho a una retribución equitativa en tiempo de carestía. Es sabido que el tremendo problema que enfrentan hoy los países en vías de desarrollo es el de encontrarse en condiciones económicas tales que, a pesar de los programas ideales, no permiten desarrollar la protección de la mayor parte de los derechos sociales. El derecho al trabajo nació con la Revolución Industrial y está estrechamente ligado a su verificación. No basta fundar ni proclamar tal derecho. Pero tampoco basta protegerlo. El problema de su ejercicio no es un problema filosófico ni moral. Pero tampoco es un problema jurídico. Es un problema cuya solución depende de un determinado desarrollo de la sociedad y, como tal, desafía incluso a la constitución más avanzada y pone en crisis incluso al más perfecto mecanismo de garantía jurídica.

Creo que una discusión sobre los derechos humanos debe tener en cuenta hoy, para no correr el riesgo de convertirse en académica, todas las dificultades procedimentales y sustanciales a las que he aludido brevemente. La realización de una mayor protección de los derechos del hombre se conecta con el desarrollo global de la civilización humana. Es un problema que no puede ser aislado so pena de, no digo ya de no resolverlo, sino ni siquiera de comprenderlo en su alcance real. Quien lo aísla ya lo ha perdido. No se puede plantear el problema de los derechos humanos abstrayéndolo de los dos grandes problemas de nuestro tiempo, que son el problema de la guerra y el de la miseria, el del absurdo contraste entre el exceso de *potencia* que ha creado las condiciones para una guerra exterminadora y el exceso de *impotencia* que condena a grandes masas humanas al hambre. Sólo en este contexto podemos acercarnos al problema de los de-

rechos del hombre con sentido realista. No hay que ser tan pesimista como para abandonarse a la desesperación, pero tampoco tan optimista como para hacerse presuntuosos.

A cualquiera que se proponga hacer un examen libre de prejuicios del desarrollo de los derechos humanos después de la Segunda Guerra Mundial le aconsejaría este saludable ejercicio: leer la Declaración Universal y después mirar alrededor. Estará obligado a reconocer que, a pesar de las anticipaciones iluminadas de los filósofos, de las audaces formulaciones de los juristas, de los esfuerzos de los políticos de buena voluntad, el camino por recorrer es todavía largo. Y le parecerá que la historia humana, aun cuando vieja en milenios, comparada con las enormes tareas que nos esperan, quizá haya apenas comenzado.

NOTAS AL CAPITULO IV

[1] «L'illusion du fondement absolu», en *Les fondements des droits de l'homme,* Florencia, 1966, pág. 8 (y también pág. 170). Aparecido en edición italiana con el título «Sul fondamento dei diritti dell'uomo», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto,* XLII (1965), págs. 302-309.

[2] Se trata del discurso introductorio leído por mí en el «Convegno nazionale dei diritti dell'uomo», desarrollado del 1 al 3 de diciembre de 1967 en Turín por iniciativa de la «Societè Italiana per l'Organizzazione Internazionale».

[3] La cita es de *La Comunità internazionale,* XXII (1967), pág. 337. Para esta y otras informaciones me he servido del artículo de F. Capotorti «Le Nazione Unite per il progressi dei diritti dell'uomo. Risultati e prospettive», en *Comunità internazionale,* XXII (1967), págs. 11-35.

[4] Me refiero al *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales,* aprobado junto con el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

[5] Sobre este punto me he detenido en otro lugar: «Eguaglianza e dignità degli uomini», en *Diritti dell'uomo e Nazioni Unite,* Cedam, Padua, 1963, págs. 29-42. Recogido también en este volumen.

[6] Retomo brevemente un tema tratado más a fondo en el artículo «La dichiarazione universale dei diritti dell'uomo», Turín, 1951.

[7] Felix Oppenheim, *Dimensioni della libertà,* Feltrinelli, Milán, 1964, págs. 3I y sigs.

[8] Esta clasificación ha de tomarse *cum grano salis:* no siempre es fácil distinguir dónde termina la promoción y dónde comienza el control, ni dónde termina el control y dónde comienza la garantía. Se trata de un *continuum* en el que por comodidad didáctica se pueden distinguir tres momentos. Para una mayor profundización del problema remito a los dos estudios de A. Cassese, «Il controllo internazionale sul rispetto della libertà sindacale nel quadro delle attuali tendenze in materia di protezione internazionale dei diritti dell'uomo», en *Comunicazioni e studi,* del Instituto del Derecho Internacional y Extranjero de la

Universidad de Milán, 1966, págs. 293-418, y «Il sistema de garanzia della Convenzione dell'ONU sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale», en *Rivista di diritto internazionale*, L, 1967, págs. 270-336, y bibliografía allí citada.

[9] Estos problemas se tratan con mayor amplitud en el artículo de Capotorti, cit., parágrafos. 5 y 6. El autor llama la atención sobre el artículo 22 del Estatuto de la OIT y sobre el artículo VIII del Estatuto de la UNESCO.

[10] De la «Prefazione» de G. Sperduti a *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1962.

V

¿Existen derechos fundamentales? Conversación con Giuliano Pontara

En el ensayo que lleva por título «Sobre el fundamento de los derechos humanos», publicado junto con otros ensayos de igual argumento en el volumen *Il problema de la guerra e le vie della pace* (Bolonia, 1979) *, Bobbio denuncia repetidamente «la ilusión», propia de los iusnaturalistas y en general de los defensores del racionalismo ético, de la existencia de un fundamento absoluto de los derechos del hombre, o sea «la ilusión» de que exista un argumento «irresistible» en favor de la tesis que acepta ciertos derechos como fundamentales, al cual ninguna persona racional podrá negar la propia adhesión.

Bobbio no aclara, en el ámbito del ensayo aludido, cuál es la naturaleza de semejante argumento «irresistible» que sería inútil

* Hay traducción castellana de Jorge Binaghi, *El problema de la guerra y las vías de la paz,* Gedisa, Barcelona, 1982 *(N. del T.).*

buscar, y nada dice de la fuerza probatoria que semejante argumento debería tener para poder ser considerado «irresistible». Sin embargo, al inicio del ensayo que lleva el título de «Presente y porvenir de los derechos humanos», hace algunas alusiones a este tema. En este sentido distingue entre «tres métodos de fundamentar los valores»: «deducirlos de un dato objetivo constante, por ejemplo la naturaleza humana; considerarlos como verdades por sí mismas evidentes; y, finalmente, descubrir que en un determinado período histórico son generalmente consesuados». Pero, ¿cómo debe entenderse de modo más preciso tal afirmación? Y ¿qué quiere decir «fundamentar valores»? Por cuanto me es dado comprender esta última expresión, significa poder dar buenas razones para aceptar más que rechazar ciertos juicios de valor. Los «tres modos de fundamentar los valores» señalados por Bobbio se identifican así con tres diferentes razones aducibles en favor de la aceptabilidad de ciertos juicios de valor.

La primera razón es por la que ciertos juicios de valor serían lógicamente deducibles de ciertos juicios descriptivos de la naturaleza humana, o mejor, de ciertas características constantes de la naturaleza humana. Si semejante deducción fuese posible, tendríamos aquí el argumento «irresistible» por excelencia, dado que quien afirmase los juicios sobre la naturaleza humana pero negase aquellos de valor deducibles de ésta, se encontraría en una contradicción. Pero tal deducción no es posible. Y no lo es, además de por la razón aludida por Bobbio, es decir, la de que no existe algo como la naturaleza humana constante e inmodificable, también porque semejante deducción va en contra del principio, ampliamente aceptado, aunque no indiscutido, por el que no es posible alguna deducción lógica de un juicio de valor a partir de un juicio de hecho.

El segundo modo de fundamentar los valores aludido por Bobbio se identifica con la segunda razón que se puede aducir en favor de la aceptabilidad de un cierto juicio de valor, es decir, con la afirmación de que resiste a cualquier duda nuestra, o sea, que aparece totalmente evidente. Es el camino comúnmente seguido por los llamados intuicionistas, entre los cuales resalta de modo particular Moore. Pero tampoco por este camino se alcanza para Bobbio el argumento irresistible, dado que el mismo juicio de valor que parece indudable para cierta persona o grupo de personas parece discutible a otros.

Nos queda así el tercer modo de fundamentar los valores, o sea, la tercera razón que se puede aducir en favor de la aceptabilidad de ciertos juicios de valor, la cual consiste en mostrar que tales juicios de valor son generalmente aceptados en cierto período histórico. Es la que Bobbio llama la prueba del consenso, por la que un juicio de valor sería tanto más aceptable (en una determinada época) cuanto mayor fuese el número de personas que efectivamente (en aquella época) lo aceptasen. Bobbio parece entender semejante argumento en favor de la aceptabilidad de ciertos juicios de valor como el único válido: pero propiamente por su relatividad no es, precisamente, «irresistible».

Me parece, sin embargo, que los tres modos de «fundamentar» los valores aludidos por Bobbio a los que hemos pasado revista no agotan todas las posibilidades. Entiendo que existe una cuarta posibilidad que parecería precisamente suministrarnos el argumento «irresistible» sobre el que Bobbio parece considerar ilusoria toda investigación.

A *grosso modo* se puede razonar de la siguiente manera. Independientemente de cuáles sean nuestros deseos, nuestras preferencias, nuestras aspiraciones, nuestros fines y nuestros valores particulares, existen algunas *preferencias fundamentales,* en el sentido de que cada uno debe razonablemente tenerlas en cuanto su propia satisfacción es condición necesaria para poder perseguir la satisfacción de cualquier otra preferencia o la realización de cualquier aspiración, fin o valor que precisamos tener. Estas preferencias fundamentales parecerían ser estas tres:

1. La preferencia de vivir más que la de no vivir (salvo en situaciones en las que la muerte es claramente inevitable, en las que preferir no morir no es racional).

2. La preferencia de no ser sometido, más que la de ser sometido, a graves sufrimientos gratuitos: la de encontrarse más que la de no encontrarse en un estado de satisfacción de aquellas que son generalmente reconocidas como nuestras necesidades básicas (en ellas comprendida la necesidad de una cierta libertad de movimiento).

3. La preferencia de poder decidir las preferencias de cada uno de forma autónoma y de perseguir su propia satisfacción sin ser sometidos a amenazas de frustración de estas tres preferen-

cias fundamentales, es decir, sin amenaza a la propia vida, a la propia salud y a la propia autonomía.

Estas tres preferencias fundamentales corresponden a los tres tradicionales derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la propia autonomía. El argumento «irresistible» en favor de tales derechos fundamentales, o sea el argumento al que ninguna persona racional, en cuanto racional, podrá negar su propio asentimiento es el siguiente: que no se ve cómo alguna persona racional pueda no tener estas tres preferencias y, por consiguiente, teniéndolas, pueda negar que sean fundamentales, y siendo racionales quiera garantizar solamente su propia satisfacción individual y no también la de algún otro en igual medida. Lo que comporta precisamente reconocerles el *status* de derechos fundamentales del hombre. El argumento «irresistible» en favor del juicio que sitúa el derecho a la vida, a la salud y a la propia autonomía como derechos fundamentales consiste, por consiguiente, en eso: que negar este juicio es contrario a la razón, o sea irracional. (Apunto haciendo un inciso que los derechos a la vida, a la salud y a la propia autonomía no excluyen que en ciertas situaciones una persona pueda libremente renunciar a cada uno de estos bienes —por ejemplo, renunciar a la propia vida o a la propia salud por salvar la vida de otro—. Pero para que esta particular preferencia sea libre y racional es necesario precisamente que los tres derechos aludidos sean antes reconocidos como tales.)

Se trata ahora de ver si el argumento «irresistible» arriba delineado es inmune a las cuatro objeciones que Bobbio en su citado ensayo plantea contra la alusión de que exista «el fundamento absoluto» de los derechos humanos.

a) La primera objeción planteada por Bobbio es la de la indeterminabilidad: no es posible suministrar ningún fundamento absoluto de los derechos humanos por la sencilla razón de que no es posible dar una noción precisa de éstos, o sea, determinar de forma unívoca cuáles sean. Pero en relación al argumento antes señalado éstos resultan unívocamente determinables como derecho a la vida, a la salud y a la propia autonomía.

b) La segunda objeción propuesta por Bobbio contra la ilusión del fundamento absoluto de los derechos humanos es la relativista: no es posible dar un fundamento absoluto a los derechos humanos por la sencilla razón de que ellos son históricamente relativos, como demuestra el hecho de que su número va-

ría de época en época, ha estado continuamente modificándose y sigue modificándose. Para Bobbio, la constatación de semejante relativismo histórico «prueba que no existen derechos por su propia naturaleza fundamentales». Este argumento me parece que puede refutarse de tres modos. En primer lugar, se puede comenzar señalando que el juicio de que existen ciertos derechos fundamentales es, obviamente, un juicio de valor, mientras el juicio de que no existe acuerdo general sobre cuáles son estos derechos es un juicio de hecho. Como consecuencia del principio anterior, de este último juicio no se sigue lógicamente ningún juicio de valor y, por consiguiente, mucho menos el de que no existen derechos fundamentales, que, en cuanto negación de un juicio de valor, es él mismo presumiblemente un juicio de valor. Si por «prueba» se entiende el argumento lógicamente coherente, la afirmación de que no hay acuerdo general ni siquiera en el considerar los tres derechos a la vida, a la salud y a la propia autonomía como fundamentales derechos del hombre (admitido, pues, que sea cierta) no «prueba» completamente que tales derechos no sean fundamentales (como el hecho de que si hubiese un acuerdo general sobre ellos no «prueba» que ellos efectivamente sean fundamentales). Pero es presumible que Bobbio use el término «prueba» en sentido más débil que el señalado. Pero entonces, y en segundo lugar, me parece que se puede afirmar que el argumento que he planteado en favor de los tres derechos fundamentales «prueba» que éstos son fundamentales con mayor fuerza que aquella con la que el argumento relativista adoptado por Bobbio contra la existencia de derechos fundamentales «prueba» que no existen tales derechos. En tercer lugar, se puede contraargumentar que la variación de los derechos y de los valores que de época en época vienen considerados como fundamentales puede ser vista de manera diferente a como expresión de un relativismo histórico. Puede ser interpretado como la expresión de un difícil y complejo proceso de «evolución ética» que procede, a través de «descubrimientos morales», hacia «verdades morales» cada vez mejor fundamentadas.

c) La tercera objeción planteada por Bobbio contra la ilusión de un fundamento absoluto de los derechos humanos es la de la heterogeneidad: los derechos generalmente reconocidos como fundamentales son tan heterogéneos, envuelven entre ellos pretensiones tan distintas, que no es posible encontrar un fun-

damento absoluto común a todos, o sea, un argumento «irresistible» que valga igualmente para todos. Pero mi argumento se plantea precisamente como «irresistible» para los tres derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la propia autonomía.

d) La cuarta y última objeción sostenida por Bobbio contra la ilusión del fundamento absoluto es la de las antinomias: en tanto los derechos postulados como fundamentales sean más de uno, se pueden producir conflictos entre ellos, así que la realización de uno resulta incompatible con la del otro, razón por la cual no puede existir un fundamento absoluto para todos, un fundamento que les haga a todos «irrefutables e irresistibles». A decir verdad, Bobbio plantea esta objeción en relación a los conflictos que se pueden dar entre aquellos derechos que él llama *libertades* (en cuanto implican obligaciones negativas de no hacer ciertas acciones) y aquellos derechos que él llama *poderes* (en cuanto implican obligaciones positivas de hacer ciertas acciones). Pero se *puede pensar* que además de entre tales derechos, se pueden verificar conflictos también entre los tres derechos señalados como fundamentales, si bien interpretados solamente como *libertades* (por ejemplo, la situación en la que la única elección es aquella entre matar a una o más personas).

Para responder de forma satisfactoria a la objeción en cuestión se necesita mostrar que entre los tres derechos considerados como fundamentales no se puede verificar, estrictamente, ningún conflicto; o bien que, pudiéndose verificar los conflictos, hay un principio plausible en relación al cual todo conflicto entre ellos puede, al menos teóricamente, ser resuelto. El primer modo de resolver el problema consiste en señalar que los derechos aludidos, aun siendo fundamentales, no son inalienables, o sea, pueden ser perdidos, razón por la que en las situaciones en las que parecería verificarse un conflicto entre ellos en realidad no se da ningún conflicto en cuanto, bien mirado, hay siempre una parte —el agresor— que por causa de su agresión ha perdido tales derechos. Por esta vía se llega al principio por el que debe ser reconocido a cada uno un igual derecho a la vida, a la salud y a la propia autonomía —a menos que en la persecución de los fines propios, o de la satisfacción de las preferencias propias, alguno viole o amenace con la violación de semejantes derechos fundamentales, o sea atente (intencionadamente o no) a la vida, a la salud o a la autonomía de terceros.

El segundo modo de resolver el problema aludido consiste en argumentar que los tres derechos en cuestión, aunque son fundamentales, no son absolutos sino relativos, razón por la cual en situaciones en las que la realización del uno se muestra incompatible con la del otro, éste o aquél puede ser legítimamente sacrificado en conformidad con el principio que prescribe la máxima realización posible de tales derechos. Personalmente estoy inclinado a creer que este es el camino a seguir en cuanto el principio aludido nos permite resolver, al menos teóricamente, todo tipo de antinomias mencionadas por Bobbio.

Mi conclusión es, por tanto, que un argumento «irresistible» en favor de ciertos derechos fundamentales del hombre parecería en efecto existir y que, por consiguiente, la investigación de éste no es ilusoria.

(G. P.)

Agradezco a Giuliano Pontara sus objeciones porque me permiten aclarar mejor mi punto de vista. En dos ensayos escritos con algunos años de distancia, «Sobre el fundamento de los derechos humanos» (1965) y «Presente y porvenir de los derechos humanos» (1968), había sostenido principalmente dos tesis: *a)* no es posible encontrar un fundamento absoluto, o irresistible, a la afirmación de este o aquel derecho humano, y por consiguiente lo importante no es ya fundamentarlos, sino protegerlos; *b)* una prueba suficiente de su importancia en la sociedad de hoy reposa en el hecho de que no ya solamente este o aquel Estado, como había ocurrido en el pasado, sino todos los Estados existentes habían declarado de común acuerdo, comenzando por la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y sucesivamente en otras numerosas declaraciones que la siguen y la seguirán, que existen derechos fundamentales, habiendo propuesto un largo número. Antepongo todavía que había sostenido la primera tesis en un congreso filosófico dedicado al tema del «fundamento» de los derechos humanos, la segunda en un congreso dedicado al comentario de la Declaración Universal en el vigésimo aniversario de su proclamación. Pontara encuentra insuficiente la segunda tesis e insuficientemente motivada la primera. Sostiene en sustancia que es posible encontrar un fundamento absoluto a la afirmación de los derechos humanos o, por decirlo mejor, sostiene que existen derechos humanos que pueden ser fundamen-

tados sobre argumentos irresistibles. Y extrae el argumento principal de la constatación de que existen «preferencias fundamentales» en todo hombre, fundamentales en el sentido de que «cada uno debe razonablemente tenerlas, en cuanto su propia satisfacción es condición necesaria para poder perseguir la satisfacción de cualquier otra preferencia, etc.».

Me resulta difícil comprender en qué consiste la mayor fuerza del argumento adoptado por Pontara respecto al mío *[sub b)]*. Se trata de un argumento como el mío traído de la constatación de un hecho, del hecho de que todos los hombres tienen algunos preferencias. Que todos los hombres tengan algunas preferencias se presenta como la afirmación de un hecho como la afirmación relativa al acuerdo de todos los Estados, acuerdo que revela sus propias preferencias. Si hay una diferencia entre las dos pruebas es, me parece, ventajosa en toda medida para la credibilidad de las preferencias de todos los Estados expresada en un acuerdo, en una especie de nuevo contrato social, en comparación a la credibilidad de las preferencias enumeradas por Pontara que son deducidas de una pretendida naturaleza racional del hombre. Y de hecho para dar fuerza a su conjunto de preferencias fundamentales sostiene que se trata de las preferencias del hombre racional. A parte de la consideración de que la racionalidad del comportamiento humano es una pura hipótesis racional que no tiene el apoyo de prueba alguna histórica, como en cambio lo tiene el acuerdo históricamente producido con las declaraciones internacionales recordadas, observo que si se parte de la hipótesis del hombre racional se presupone aquello que se quería demostrar, ya que si el hombre es concebido como racional no hay nada que dudar de la racionalidad de sus preferencias.

Pero admitamos incluso que estas preferencias son universales. Queda claro que no hay ningún paso obligado de la constatación de la universalidad de una preferencia a su reconocimiento como derecho fundamental. Hipótesis por hipótesis se puede concebir que sean universales preferencias que una sociedad regulada no podría nunca reconocer como derechos: piénsese, por poner un ejemplo, en la emancipación de los llamados tabúes sexuales. Pero, ¿son, pues, verdaderamente universales las preferencias indicadas por Pontara? Es lícito ponerlas en duda considerando, por ejemplo, la tercera preferencia, aquella de poder formar las propias preferencias de forma autónoma, ya que se

necesita por lo menos tener en cuenta el llamado «miedo a la libertad» que nos lleva en muchas circunstancias de nuestra vida a preferir ser exonerado de la responsabilidad de una elección, lo que explica entre otras cosas por qué en toda sociedad la libertad esté tan justificada como la autoridad.

Después de haber afirmado que existen derechos fundamentales a prueba de cualquier objeción, Pontara refuta los argumentos por mí aducidos para sostener lo contrario, esto es, los argumentos de la indeterminación de los pretendidos derechos fundamentales, el relativo a la evolución histórica, los relacionados con la heterogeneidad y la recíproca incompatibilidad.

Sobre el primer punto, la indeterminación, el mejor ejemplo nos lo ofrece el primero de los derechos enumerados, casi un ejemplo de academia, el derecho a la vida. Qué se entiende por vida parece claro pero no lo es. Basta preguntarse qué se entiende por «vida» en la expresión «derecho a la vida» para encontrarse inmediatamente en la maraña de las discusiones en torno a la licitud del aborto. Inmediatamente después se nos plantea el problema de si el individuo tiene derecho a la vida en general o a una cierta vida, en otras palabras, la pregunta «¿Qué vida?». Apenas planteada esta pregunta se nos presenta el problema de la eutanasia y problemas aún más delicados y tormentosos, como el de si se deben salvar con operaciones de éxito incierto vidas no destinadas a gozar de todos los atributos que normalmente unimos a un ser vivo (el caso de las operaciones de los nacidos con espina bífida). Y entonces, ¿es cierto que todo individuo tiene derecho a la vida? Los principales argumentos en favor de la abolición de la pena de muerte no están fundados en el reconocimiento del derecho a la vida, sino en su ineficacia persuasiva, en la eventualidad de un error judicial que con la condena a muerte se convertiría en irreparable, en la posibilidad de arrepentimiento del culpable.

En cuanto a la relatividad histórica, es tan evidente que el mismo Pontara está dispuesto a admitirla, aunque sosteniendo que la afirmación de que algunos derechos fundamentales en épocas sucesivas dependen de la evolución de la conciencia ética que procede al descubrimiento de nuevas verdades morales. Si es cierto que nuevas verdades morales oscurecen o sin más cancelan las viejas, no veo por qué no se puede prever el descubrimiento de otras verdades morales en un futuro y concluir, como

he concluido yo, que los argumentos con los que se defienden los derechos fundamentales son históricamente condicionados y, por consiguiente, dependientes de cambios históricos relevantes, entre los que no excluyo del todo lo que se puede llamar la evolución ética de la humanidad (por otro lado puramente hipotética).

Quizá el problema más interesante planteado por Pontara es el que se refiere a la heterogeneidad y a la incompatibilidad de los derechos fundamentales (dos argumentos que se pueden tratar juntos). Pontara no tiene ninguna objeción que presentar contra este argumento pero sostiene que si los conflictos son entre derechos reconocidos como fundamentales, estos conflictos son resolubles. No he dicho nada en contra. Simplemente he sostenido que el hecho mismo del posible conflicto demuestra la complejidad del problema. Si acaso puedo añadir en respuesta a los argumentos de Pontara sobre las posibles soluciones de estos conflictos que la dificultad y la incertidumbre de las soluciones apoya más mi tesis que la suya. No encuentro en la respuesta la distinción que había hecho entre dos casos diferentes de conflicto: aquel entre diversos derechos reconocidos como fundamentales por titulares enfrentados, por ejemplo entre el derecho a la libertad de prensa y el derecho a la certeza de la información, y aquel entre derechos considerados fundamentales por el mismo titular, por ejemplo entre el derecho a la enseñanza gratuita y el derecho a la elección de centro docente. No sólo Pontara no parece haber tenido en cuenta esta distinción, sino que donde propone el primer modo de resolver los conflictos entre derechos fundamentales se refiere no al conflicto entre derechos, sino al conflicto que surge cuando se trata de realizar el mismo derecho entre dos personas distintas: problema que está aquí absolutamente fuera de la cuestión y no aborda el tema que estamos discutiendo. Me detengo sobre el segundo modo que Pontara propone para resolver el conflicto, ya que solamente éste se refiere al problema de la incompatibilidad entre derechos fundamentales. Sugiere que se establezca una jerarquía entre estos derechos, y en caso de conflicto prevalezca aquel que ocupa el primer puesto. Nada que objetar. Pero en este punto no son ya tantos los derechos fundamentales, sino uno solo, aquel que viene a ocupar el primer puesto y como tal es el fundamento de todos los demás. Pregunto: ¿cuál es este derecho? Si la respuesta, como

parece, es la siguiente: es el derecho que permite la máxima realización de los otros derechos, es necesario concluir que es propiamente cierto que la indeterminación es una de las características de los derechos fundamentales. Y el círculo se cierra.

(N. B.)

VI

El tiempo de los derechos

No hace mucho tiempo, a un entrevistador que me preguntó, después de una larga conversación sobre los caracteres de nuestro tiempo que despiertan una seria preocupación para el futuro de la humanidad —tres sobre todo, el aumento cada vez más rápido y hasta ahora incontrolable de la población, el aumento cada vez más rápido y hasta ahora incontrolado de la degradación del ambiente, el aumento cada vez más rápido, incontrolado e insensato de la potencia destructora de los armamentos—, si en último término entre tantas predecibles causas de desgracia veía algún signo positivo, respondí que sí, que veía al menos uno: la creciente importancia dada en los debates internacionales, entre hombres de cultura y políticos, en seminarios de estudio y en conferencias gubernamentales, al problema del reconocimiento de los derechos del hombre.

El problema, está claro, no ha nacido hoy. Al menos desde el inicio de la Edad Moderna, a través de la difusión de las doctrinas iusnaturalistas, primero, y las declaraciones de derechos del hombre, incluidas en las constituciones de los Estados liberales, después, acompaña el nacimiento, el desarrollo y la afirmación del Estado de Derecho en una parte cada vez más amplia del mundo. Pero es también verdad que sólo desde el final de la Segunda Guerra Mundial este mismo problema se ha convertido de nacional en internacional, y ha implicado por primera vez en la historia a todo el mundo. Se han ido reforzando, cada vez más, los tres procesos de evolución en la historia de los derechos del hombre, presentados y comentados en la «Introducción general» a la antología de textos, preparada por Gregorio Peces-Barba, *Derecho positivo de los derechos humanos* [1]: positivación, generalización e internacionalización.

1. Varias son las perspectivas que pueden ser asumidas para desarrollar el tema de los derechos del hombre. Señalo algunas: la filosófica, la histórica, la ética, la jurídica y la política. Cada una se vincula a las demás, pero puede ser tratada separadamente. Para la intervención de hoy he elegido una diferente, que reconozco es arriesgada, e incluso pretenciosa, en cuanto debería englobar y superar a las otras: la perspectiva que no sabría sino llamar *filosofía de la historia.*

Sé bien que la filosofía de la historia está hoy desacreditada, especialmente en el ambiente cultural italiano, desde que Benedetto Croce decretó su muerte. Hoy la filosofía de la historia está considerada como una forma de saber típica de la cultura del siglo XIX, que ya habría agotado su tiempo. Quizá el último intento de filosofía de la historia ha sido la obra de Karl Jaspers, *Vom Ursprung und Ziel der Geschichte* (1949) [2], que, no obstante la fascinación que emana de la representación en grandes épocas del curso histórico de la humanidad, ha sido pronto olvidada y no ha suscitado ningún debate serio. Pero frente a un gran tema, como el de los derechos del hombre, es difícil resistir la tentación de ir más allá de la historia meramente narrativa.

Según la opinión de los historiadores, tanto de aquellos que la han acogido como de aquellos que la han rechazado, hacer filosofía de la historia significa, frente a un acontecimiento o a una serie de ellos, plantearse el problema del «sentido», según una concepción finalística (teológica) de la historia (y esto vale

no sólo para la historia humana, sino también para la natural), considerando el curso de la historia en su complejidad, desde su origen a su conclusión, como dirigido a un fin, a un *telos*. Para el que asuma este punto de vista, los acontecimientos dejan de ser datos de hecho a describir, a narrar, a situar en el tiempo, eventualmente explicables según las técnicas y los procedimientos de investigación, consolidados y habitualmente seguidos por los historiadores, y se convierten en *signos* o *indicios* reveladores de un proceso, no necesariamente intencional, hacia una dirección preestablecida. No obstante la desconfianza o, sin más, la aversión que los historiadores tienen a la filosofía de la historia, ¿podemos excluir totalmente que en la narración histórica de los grandes acontecimientos se esconde una perspectiva finalística, aunque el historiador no sea totalmente consciente de ello?

¿Cómo puede un historiador del Antiguo Régimen no dejarse influenciar en la narración de los acontecimientos por su desarrollo final en la Gran Revolución? ¿Cómo puede sustraerse a la tentación de interpretarla como signos premonitorios de un fin preestablecido y ya implícito en ellos?

El hombre es un animal teleológico, que generalmente actúa teniendo en cuenta fines proyectados hacia el futuro. Sólo tomando en consideración los fines de una acción se puede entender el «sentido». La prospectiva de la filosofía de la historia representa la transposición de esta interpretación finalística de la acción del individuo aislado a la humanidad en su conjunto, como si ésta fuese un gran individuo al que atribuimos las características del individuo singular. Lo que convierte en problemática a la filosofía de la historia es propiamente esta transposición de la que no podemos dar ninguna prueba convincente. Lo importante es que quien crea oportuno realizar esta transposición, sea legítima o ilegítima desde el punto de vista del historiador profesional, debe ser consciente de que se está moviendo en un terreno que con Kant podemos llamar de historia profética, es decir, de una historia cuya función no es cognoscitiva, sino admonitoria, exhortatoria o solamente sugestiva.

2. En uno de sus últimos escritos, Kant se pregunta: «Si el género humano está en constante progreso hacia mejor». Ante esta pregunta, que consideraba como perteneciente a una concepción profética de la historia, afirma que se podría dar una respuesta afirmativa, aunque con algunas matizaciones.

Buscando individualizar un acontecimiento que se pudiera considerar como un «signo» de la tendencia del hombre a progresar, él lo encontró en el entusiasmo que había levantado en la opinión pública mundial la Revolución Francesa, cuya causa sólo podía ser «una disposición moral de la humanidad». «El verdadero entusiasmo —comentaba— se refiere siempre a lo que es ideal, a lo que es puramente moral... y no puede conectarse a intereses individuales.» La causa de este entusiasmo, y por consiguiente el signo premonitorio *(signum prognosticum)* de la disposición moral de la humanidad, era, según Kant, la aparición en la escena histórica del «derecho que tiene un pueblo a no ser impedido por otras fuerzas para que se dé a sí mismo la constitución civil que le parezca buena». Por «constitución civil» Kant entiende una constitución en armonía con los derechos naturales de los hombres, es decir, tal que «aquellos que obedezcan a las leyes deben también, reunidos, legislar» [3].

Definiendo el derecho natural como el derecho que todo hombre tiene a obedecer solamente a la ley de la que él mismo es legislador, Kant daba una definición de la libertad como autonomía, como poder de darse leyes a sí mismo. Además, al comienzo de la *Metafísica de las costumbres,* escrita en los mismos años, había afirmado solemnemente, apodícticamente, como si la afirmación no pudiera ser sometida a discusión, que, una vez entendido el derecho como la facultad moral de obligar a otros, el hombre tiene derechos innatos y adquiridos, y el único derecho innato, es decir, transmitido al hombre por la naturaleza y no por una autoridad constituida, es la libertad, esto es, la independencia de cualquier constricción impuesta por la voluntad de otro, es decir, una vez más, la libertad como autonomía.

Inspirándonos en este extraordinario pasaje de Kant expongo mi tesis; desde el punto de vista de la filosofía de la historia, el debate actual cada vez más amplio, cada vez más intenso, tan amplio como para haber implicado a todos los pueblos de la tierra, tan intenso como para ser incluido en el orden del día de los más autorizados foros internacionales, puede ser interpretado como un «signo premonitorio» *(signum prognosticum)* del progreso moral de la humanidad.

No me considero un ciego defensor del progreso. La idea de progreso ha sido una idea central de la filosofía de la historia en los siglos pasados, después del ocaso, aunque no definitivo, de

la idea de regreso (que Kant llamaba «terrorística») y de los ciclos, prevalentes en la edad clásica y precristiana. Y diciendo «no definitivo» ya sugiero la idea de que el renacer continuo de ideas del pasado que en un cierto tiempo se consideran muertas para siempre es ya de por sí un argumento contra la idea de progreso indefinido e irreversible. Pero, aunque no soy un defensor dogmático del progreso irresistible, no soy tampoco defensor dogmático de la idea opuesta. La única afirmación que puedo hacer con una cierta seguridad es que la historia humana es ambigua, y da respuestas diversas según quien la interroga y según el punto de vista de aquel que lo hace. No obstante, no podemos dejar de interrogarnos sobre el destino del hombre, así como no podemos dejar de hacerlo sobre su origen, y sólo podemos hacerlo escrutando, repito de nuevo, los signos que nos ofrecen los acontecimientos, como hizo Kant cuando se planteó si el género humano estaba en progreso constante hacia mejor.

Bien entendido, una cosa es el progreso científico o técnico, otra cosa es el progreso moral. No es el caso de retomar la antigua controversia sobre la relación entre uno y otro. Puedo limitarme a decir que, mientras parece indudable que el progreso científico y técnico es efectivo habiendo mostrado hasta ahora las características de la continuidad y de la irreversibilidad, más difícil, si no francamente arriesgado, es afrontar el problema de la efectividad del progreso moral, al menos por dos razones:

a) El concepto mismo de moral es problemático.

b) Aunque estuviésemos todos de acuerdo sobre el modo de entender la moral, nadie hasta ahora ha encontrado «indicios» para medir el progreso moral de una nación, aún más de la entera humanidad, en contraste con lo claros que son los indicios de los cuales nos servimos para medir el progreso científico y técnico.

3. El concepto de moral es problemático. No pretendo, ciertamente, proponer una solución. Puedo simplemente decir cuál es para mí el modo más útil para aproximarse al problema, cuál es el modo, también pedagógicamente más eficaz, para comprender la naturaleza del problema, y dar un sentido a aquel concepto oscurísimo, fuera de una visión religiosa del mundo (pues aquí trato de encontrar una respuesta desde el punto de vista de una ética racional), que es designado habitualmente con la expresión

«conciencia moral». Kant, es verdad, decía que, junto con el cielo estrellado, la conciencia moral era una de las dos cosas que lo llenaban de admiración; pero la admiración no sólo no tiene una explicación, sino que puede fácilmente derivar de una ilusión y generar, a su vez, otras ilusiones. Esto que nosotros llamamos «conciencia moral», sobre todo por efecto de la gran, por no decir exclusiva, influencia que ha tenido la educación cristiana en la formación del hombre europeo, ha de conectarse con la formación y el crecimiento del conocimiento del estado de sufrimiento, de indigencia, de penuria, de miseria, en general, de infelicidad en el que se halla el hombre en el mundo, y al sentimiento de su insoportabilidad.

Como he dicho, la historia humana es ambigua para quien se sitúa en el problema de dar a ésta un «sentido». El bien y el mal se mezclan, se contraponen, se confunden. ¿Pero quién osaría negar que el mal prevalece siempre sobre el bien, el dolor sobre la alegría, la infelicidad sobre la felicidad, la muerte sobre la vida? Sé bien que una cosa es constatar y otra explicar o justificar. Por mi parte, no dudo en afirmar que las explicaciones o justificaciones teológicas no me convencen, que las racionales son parciales, y están en tal contraste entre ellas que no se puede escoger una sin excluir la otra (pues los criterios de elección son débiles y soportan cada uno buenos argumentos). No obstante mi incapacidad para ofrecer una justificación o una explicación convincente, me siento bastante tranquilo al afirmar que la parte oscura de la historia del hombre (de la naturaleza, con mayor razón) es más amplia que la que es clara.

Pero no puedo negar que una faz clara aparece de tanto en tanto, si bien por breve tiempo. También hoy, cuando el curso histórico de la humanidad parecía amenazado de muerte, existen zonas de luz que el más convencido pesimista no puede dejar de tener en cuenta: la abolición de la esclavitud, la supresión en muchos países de los suplicios que en otro tiempo acompañaban la pena de muerte, y de la misma pena de muerte. Es en esta zona de luz donde coloco, en primer lugar, junto con los movimientos ecologistas y pacifistas, el interés creciente de movimientos, partidos y gobiernos por la afirmación, el reconocimiento y la protección de los derechos del hombre.

Todos estos esfuerzos hacia el bien o, por lo menos, hacia la corrección, la limitación, la superación del mal, que son una ca-

racterística esencial del mundo humano respecto del mundo animal, nacen del conocimiento, del que he hablado antes, del estado de sufrimiento y de infelicidad en el que se encuentra el hombre en la vida, del que nace la necesidad de salir. El hombre ha buscado siempre superar el conocimiento de la muerte, que genera angustia, ya a través de la integración del individuo singular, del ser perecedero, en el grupo al que pertenece y es presuntamente inmortal, ya a través de la creencia religiosa en la inmortalidad o en la reencarnación. A este mismo conjunto de esfuerzos que el hombre hace por transformar el mundo que le rodea y hacerlo menos hostil pertenecen tanto las técnicas productoras de instrumentos, que se orientan a la transformación del mundo material, cuanto las reglas de conducta que son orientadas a la modificación de las relaciones interindividuales para hacer posible una convivencia pacífica y la misma supervivencia del grupo. Instrumentos y reglas de conducta forman el mundo de la «cultura» en contraposición al de la «naturaleza».

Llegándose a encontrar en un mundo hostil tanto respecto a la naturaleza como respecto a sus semejantes, según la hipótesis hobbesiana del *hombre es un lobo para el hombre,* el hombre ha tratado de reaccionar a esta doble hostilidad inventando técnicas de supervivencia respecto a la primera, y de defensa respecto a la segunda. Estas últimas son representadas por los sistemas de reglas que reducen las conductas agresivas con penas o estimulan con premios las acciones de colaboración y de solidaridad.

Al principio las reglas son esencialmente imperativas, negativas o positivas, y buscan obtener comportamientos deseados o evitar comportamientos no deseados recurriendo a sanciones celestiales o terrenas. Me vienen a la mente los *Diez mandamientos,* por poner el ejemplo que nos es más familiar, que han sido por siglos, y son todavía, el código moral por excelencia del mundo cristiano, por haber sido identificados con la ley escrita en el corazón de los hombres o con aquella conforme a la naturaleza. Pero se pueden poner otros innumerables ejemplos, desde el *Código de Hammurabi* a las *Leyes de las XII Tablas.* El mundo moral, como aquí lo hemos entendido, como un remedio al mal que un hombre puede causar a otro, nace con la formulación, la imposición, la aplicación de mandatos o de prohibiciones, y, por consiguiente, desde el punto de vista de aquellos a quienes son dirigidos los mandatos y prohibiciones, de obligaciones. Esto

quiere decir que la figura deóntica originaria es el deber, no el derecho.

Durante la historia de la moral entendida como conjunto de reglas de conducta se suceden por siglos códigos de leyes, ya consuetudinarias o ya propuestas por sabios o impuestas por los detentadores del poder, o proposiciones que contienen mandatos o prohibiciones. El héroe del mundo clásico es el gran legislador: Minos, Licurgo, Solón. Pero la admiración por el legislador, por aquel qu(«tomando la iniciativa de fundar una nación debe sentirse capaz de cambiar la naturaleza humana» [4], llega hasta Rousseau. Las grandes obras de moral son tratados sobre leyes, desde las *Nomoi* de Platón y el *De Legibus* de Cicerón hasta *Esprit des lois* de Montesquieu. La obra de Platón comienza con estas palabras: «¿Es un dios o algún hombre, ¡oh huéspedes!, el reputado como ordenador de vuestras leyes?», pregunta el ateniense a Clinias, y Clinias responde: «Un dios, extranjero, un dios» [5]. Cuando Cicerón define la ley de la naturaleza, ¿qué caracteres le atribuye? *Ventare et jubere:* prohibir y mandar. Para Montesquieu, el hombre, de hecho, para vivir en sociedad, ¿puede olvidar que existen los otros? «Como las leyes políticas y civiles, los legi:ladores lo han restituido a sus deberes» [6]. De todas estas citas, a las que podríamos añadir otras infinitas, resulta que la función primaria de la ley es la de reprimir y no la de liberar, de restringir y no alargar los espacios de libertad, de enderezar el árbol torcido, no de dejarlo crecer salvajemente.

Con una metáfora usual se puede decir que derecho y deber son como la cara y el reverso de una medalla. Pero, ¿cuál es la cara, cuál el reverso? Depende de la posición con la que miremos la medalla. Hasta ahora la medalla de la moral ha sido tradicionalmente observada de la parte de los deberes más que de la de los derechos.

No es difícil comprender por qué. El problema moral ha sido considerado originariamente desde el punto de vista de la sociedad más que del individuo. Y no podía ser de otra forma: a los códigos de reglas de conducta ha sido atribuida la función de la salvaguardia del grupo en su conjunto más que la de proteger al individuo singular. Originariamente la función del precepto de «no matar» no es tanto la de proteger al miembro individual del grupo cuanto la de impedir una de las razones fundamentales de la disgregación del grupo. La mejor prueba de esto es el hecho

de que este precepto, considerado justamente como uno de los fundamentos de la moral, vale sólo en el interior del grupo, no en relación con los miembros de los otros grupos.

Para que pudiera darse, por expresarme figurativamente, pero de forma, creo, suficientemente clara, el paso del código de los deberes al código de los derechos, sería necesario dar la vuelta a la moneda: que el problema moral fuese considerado desde el punto de vista no solamente de la sociedad, sino también del individuo. Sería necesaria una verdadera y propia revolución copernicana, si no en el modo, al menos en los efectos. No se ha dicho que una revolución radical deba suceder necesariamente sólo en modo revolucionario. Puede suceder también por grados. Aquí hablo de revolución copernicana en el sentido kantiano, como inversión del puesto de observación.

Para comprender la naturaleza de este giro, si bien limitadamente a la esfera política (aunque la política es un capítulo de la moral en general), se me ha ocurrido utilizar esta otra contraposición: la relación política por excelencia es la relación entre gobernantes y gobernados, entre quienes tienen el poder de vincular con sus decisiones a los miembros del grupo y aquellos que soportan estas decisiones. Ahora bien, esta relación puede ser considerada desde el punto de vista de los gobernantes o bien desde el de los gobernados. A lo largo del pensamiento político ha prevalecido durante siglos el primer punto de vista: el de los gobernantes. El objeto de la política ha sido siempre el gobierno, el buen gobierno o el mal gobierno, o sea, cómo se conquista el poder, cómo es ejercido, cuáles son las funciones de los magistrados, cuáles son los poderes que se atribuyen al gobierno y cómo se distinguen e interinfluyen entre ellos, cómo se hacen las leyes y cómo se hacen obedecer, cómo se declara la guerra y se tramita la paz, cómo se nombran los ministros y los embajadores. Si pensamos en las grandes metáforas con las que en los siglos se ha tratado de hacer comprender en qué consiste el arte de la política: el pastor, el piloto, el cochero, el tejedor, el médico. Todas se refieren a la actividad típica del gobernante: la guía, de la cual debe disponer para poder conducir a la meta conveniente a los individuos que le son confiados, tiene necesidad de medios de mando; es decir, la organización de un universo fraccionado tiene necesidad de una mano firme para ser estable y sólida; el cuidado debe, a veces, ser también enérgico para ser eficaz sobre un cuerpo enfermo.

El individuo es esencialmente un objeto del poder o como mucho un sujeto pasivo. Más que de sus derechos se habla, en la tratadística política, de sus deberes, tras los cuales el principal es el deber de obedecer a las leyes. Al tema del poder de mando corresponde, en el otro lado de la relación, el tema de la obligación política, que es precisamente la obligación, considerada principal por el ciudadano, de obedecer las leyes. Si un sujeto activo se reconoce en esta relación, éste no es el individuo singular con sus derechos originarios, incluso contra el poder del gobierno, sino el pueblo en su totalidad donde el individuo singular aparece como sujeto de derechos.

4. El gran cambio tuvo inicio en Occidente con la concepción cristiana de la vida, según la cual todos los hombres son hermanos en cuanto hijos de Dios. Pero, en realidad, la hermandad no tiene de por sí un valor moral. Tanto la historia sacra como la profana más cercana a nosotros nacen ambas, por una razón sobre la cual se han desahogado los intérpretes, de un fraticidio. La doctrina filosófica que ha hecho del individuo y no de la sociedad el punto de partida para la construcción de una doctrina de la moral y del derecho es el iusnaturalismo, que puede ser considerado, bajo muchos aspectos, y ciertamente en las intenciones de sus creadores, la secularización de la ética cristiana *(etsi daremus non esse deum)*. Mientras para Lucrecio los hombres en el estado de naturaleza vivían *more ferarum* (como fieras), para Cicerón *in agris bestiarum modo vagabantur* (vagaban en los campos como bestias), y también para Hobbes en el estado de naturaleza los hombres se comportaban entre ellos como lobos. Locke, que fue el principal inspirador de los primeros legisladores de los derechos del hombre, comienza el capítulo sobre el estado de naturaleza con estas palabras: «Para entender bien el poder político y derivarlo de su origen, se debe considerar en qué estado se encuentran naturalmente todos los hombres, y éste es un estado de perfecta libertad de regular sus propias acciones y disponer de sus propias posesiones y de las propias personas como mejor se crea dentro de los límites de la ley de la naturaleza, sin pedir permiso o depender de la voluntad de ningún otro.» [7] En principio, por consiguiente, según Locke, no era el sufrimiento, la miseria, la condenación del «estado salvaje», como lo había llamado Vico, sino un estado de libertad, si bien dentro de los límites de las leyes.

Partiendo de Locke se comprende bien que la doctrina de los derechos naturales presupone una concepción individualista de la sociedad y, por consiguiente, del Estado, continuamente contrastada por la más sólida y antigua concepción orgánica, según la cual la sociedad es un todo, y el todo está por encima de las partes.

La concepción individualista ha carecido de lo necesario para progresar porque ha sido considerada fomentadora de desunión, de discordia, de ruptura del orden constituido. En Hobbes impresiona el contraste entre el punto de partida individualista (en el estado de naturaleza existen exclusivamente individuos sin ligaduras entre ellos, cada uno cerrado en la esfera propia de intereses en contraste con los intereses de todos los otros) y la persistente configuración del Estado como un cuerpo en grande, un «hombre artificial», en el que el soberano es el alma, los magistrados son las articulaciones, penas y premios son los nervios, etc. La concepción orgánica es tan persistente que, aun en el umbral de la Revolución Francesa que proclama los derechos del individuo frente al Estado, Edmund Burke escribe: «Los individuos pasan como sombras, pero el Estado es fijo y estable.» [8] Y después de la Revolución, en el período de la Restauración Lamennais, acusa al individualismo de «destruir la verdadera idea de la obediencia y el deber, destruyendo con eso el poder y el derecho». Después de eso se pregunta: «¿Y qué aparece ahora sino una terrorífica confusión de intereses, pasiones y opiniones distintas?» [9].

Concepción individualista significa que primero está el individuo, se entiende, el individuo singular, que tiene valor por sí mismo, y después está el Estado, y no viceversa. Que el Estado está hecho para el individuo y no el individuo para el Estado, en fin, por citar el famoso artículo 2 de la *Declaración* del 89, la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre es «el fin de toda asociación política». En esta inversión de la relación entre el individuo y el Estado viene invertida también la relación tradicional entre derecho y deber. En las relaciones de los individuos vienen ahora primero los derechos y después los deberes, en las relaciones del Estado primero los deberes y después los derechos. La misma inversión se produce respecto al fin del Estado, que es para el organicismo la «concordia» ciceroniana (la *omônoia* de los griegos), es decir, la lucha contra

las facciones, que lacerando el cuerpo político lo destruyen; para el individualismo es la realización mayor posible del individuo libre de condicionamientos externos. Paralelamente, respecto al tema de la justicia: en una concepción orgánica, la definición más apropiada de lo justo es la platónica, por la que cada una de las partes que componen el cuerpo social debe desarrollar la función que le es propia, mientras en la concepción individualista es justo que todos sean tratados de manera que puedan satisfacer sus propias necesidades y corregir sus propios fines, entre los que está, como primero, la felicidad que es un fin individual por excelencia.

Es dominante hoy en las ciencias sociales la orientación de estudios que se llama «individualismo *metodológico*», según el cual el estudio de la sociedad debe partir del de las acciones de los individuos. No es éste el lugar para discutir cuáles son los límites de esta dirección, pero existen otras dos formas de individualismo sin las cuales el punto de vista de los derechos del hombre se convierte en incomprensible: el individualismo *ontológico* que parte del presupuesto, que no sabría si llamar metafísico, o más bien teológico, de la autonomía de todo individuo respecto a todos los otros y de la igual dignidad de cada uno, y el individualismo *ético,* según el cual todo individuo es una persona moral. Estas tres versiones del individualismo contribuyen a dar una connotación positiva a un término que ha sido usado negativamente bien por las corrientes del pensamiento conservador y reaccionario, bien por las revolucionarias. El individuo es la base filosófica de la democracia: una cabeza, un voto. Como tal se ha contrapuesto siempre, y siempre se contrapondrá, a aquellas concepciones holísticas de la sociedad y de la historia, vengan de donde vengan, que tienen en común el desprecio de la democracia misma como aquella forma de gobierno en la que todos son libres de tomar las decisiones que les afecten y tienen el poder de hacerlo. Libertad y poder que derivan del reconocimiento de unos derechos fundamentales, inalienables e inviolables, cuales son los derechos humanos.

No se me oculta que se me puede objetar que el reconocimiento del individuo como sujeto de derechos no ha esperado la revolución copernicana de los iusnaturalistas. La primacía del derecho *(ius)* sobre la obligación es un tratamiento característico del Derecho romano que fue elaborado por los juristas de la

edad clásica. Pero se trata, como puede observarse, de derechos que competen al individuo como sujeto económico, como titular de derechos sobre las cosas y como con capacidad de cambiar bienes con otros sujetos económicos dotados de la misma capacidad. El giro del que he hablado y que está en el fundamento del reconocimiento de los derechos del hombre se produce cuando éste se extiende de la esfera de las relaciones económicas interpersonales a las relaciones de poder entre príncipe y súbditos, y nacen así los llamados derechos públicos subjetivos, que caracterizan al Estado de Derecho. Es con el nacimiento del Estado de Derecho con lo que se da el paso final del punto de vista del príncipe al de los ciudadanos. En el Estado despótico los individuos aislados tienen sólo deberes y no derechos. En el Estado absoluto los individuos ostentan en la relación con el soberano derechos privados. En el Estado de Derecho el individuo tiene frente al Estado no sólo derechos privados, sino también derechos públicos. El Estado de Derecho es el Estado de los ciudadanos.

5. Desde su primera aparición en el pensamiento político de los siglos XVII y XVIII la doctrina de los derechos del hombre ha recorrido mucho camino, entre oposiciones, impugnaciones, limitaciones. Aunque la meta final, precisamente por ser utópica, de una sociedad de libres e iguales que reproduzcan en la realidad el hipotético estado de naturaleza, no ha sido alcanzada, se han recorrido varias etapas, de las cuales no se podrá tan fácilmente volver atrás.

Al lado de los procesos de positivación, generalización, internacionalización de los que he hablado al comienzo, se ha manifestado en estos últimos años una nueva línea de tendencia que se puede llamar de *especificación,* consistente en el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos. Ha sobrevenido respecto a los sujetos aquello que ocurrió desde el inicio respecto a la idea abstracta de libertad, que se fue determinando en libertades concretas y singulares (de conciencia, de opinión, de prensa, de reunión, de asociación) en una progresión ininterrumpida que continúa hasta ahora: baste pensar en la tutela de la propia imagen respecto a la invasión de los medios de reproducción y difusión de la realidad, o en la tutela de la intimidad frente a la creciente capacidad de los poderes públicos de memorizar en sus propios

archivos datos privados sobre la vida de cada uno. Así, respecto al abstracto sujeto hombre, que había encontrado ya una primera especificación en el «ciudadano» (en el sentido de que al ciudadano le podían ser atribuidos derechos ulteriores respecto al hombre en general), se ha puesto de relieve la exigencia de responder con ulteriores especificaciones a la pregunta ¿qué hombre, qué ciudadano?

Esta especificación se ha producido bien respecto al género, bien respecto a las distintas fases de la vida, bien teniendo en cuenta la diferencia entre estado normal y estados excepcionales en la existencia humana. Respecto al género, se han venido reconociendo progresivamente las diferencias específicas de la mujer respecto al hombre. En atención a las varias fases de la vida, se han venido diferenciando poco a poco los derechos de la infancia y de la ancianidad de aquellos del hombre adulto. Respecto a los estados normales o excepcionales, se ha subrayado la exigencia de reconocer derechos especiales a los enfermos, a los incapacitados, a los enfermos mentales, etc.

Basta recorrer los documentos aprobados en estos últimos decenios por los organismos internacionales para darse cuenta de esta innovación. Me refiero, por ejemplo, a la *Declaración de derechos del niño* (1959), a la *Declaración sobre la eliminación de la discriminación de la mujer* (1967), a la *Declaración de derechos del disminuido mental* (1971). Por lo que se refiere a los derechos de los ancianos, varios son los documentos internacionales que se han sucedido después de la Asamblea mundial desarrollada en Viena del 26 de julio al 6 de agosto de 1982, que tenía como orden del día el tema de los nuevos programas internacionales para garantizar la seguridad económica y social de los ancianos, cuyo número es creciente.

Extendiendo la mirada más allá de nuestro tiempo, se vislumbra la extensión de la esfera del derecho a la vida de las generaciones futuras, cuya supervivencia está amenazada por el crecimiento desmesurado de las armas cada vez más destructivas, y a sujetos nuevos, como los animales, que la moralidad común ha considerado siempre solamente como objetos o, como máximo, sujetos pasivos, sin derechos. Ciertamente, todas estas nuevas perspectivas forman parte de lo que he llamado al comienzo la historia profética de la humanidad, y que la historia hecha por los historiadores, los cuales pueden permitirse solamente hacer

alguna precisión puramente conjetural pero rechazando como extraño a su tarea el hacer profecías, se niega a reconocer.

Descendiendo del plano ideal al real, una cosa es historia de los derechos del hombre, de derechos siempre nuevos y siempre más extensos, y justificarlos con argumentos persuasivos, y otra es asegurarles una protección efectiva. A este propósito será bueno hacer también esta observación: a medida que las pretensiones aumentan, su satisfacción resulta siempre más difícil. Los derechos sociales, como es bien sabido, son más difíciles de proteger que los derechos de libertad. Todos sabemos bien, por otra parte, que la protección internacional es más difícil que la del Derecho interno, en particular en un Estado de Derecho. Se podrían multiplicar los ejemplos del contraste entre las solemnes declaraciones y su realización, entre la grandiosidad de las promesas y la miseria de los cumplimientos. Puesto que he interpretado la amplitud que ha asumido actualmente el debate sobre los derechos del hombre como un signo del progreso moral de la humanidad no será inoportuno repetir que este crecimiento moral se mide no por las palabras, sino por los hechos. De buenas intenciones está empedrado el infierno.

Concluyo; he dicho al principio que situarse en el punto de vista de la filosofía de la historia significa situarse ante el problema del sentido de la historia. Pero, ¿tiene la historia por sí misma un sentido, la historia, digo, como sucesión de acontecimientos, tal como viene narrada por los historiadores? La historia tiene sólo el sentido que nosotros, de vez en cuando, según las ocasiones, nuestros deseos y nuestras esperanzas, le atribuyamos. Por consiguiente, no tiene un solo sentido. Considerando el tema de los derechos del hombre, me he permitido indicar un signo del progreso moral de la humanidad. ¿Pero es el único sentido? Cuando considero otros aspectos de nuestro tiempo, por ejemplo la carrera vertiginosa de armamentos que pone en peligro la vida misma sobre la tierra, debería dar una respuesta completamente distinta.

He comenzado con Kant. Con Kant termino. El progreso humano no era para Kant necesario. Era solamente posible. El reprochaba a los «políticos» no tener confianza en la virtud y en la fuerza del impulso moral, y repetir: «El mundo ha estado siempre como ha estado hasta ahora.» Estos, comentaba, con esta actitud, hacen que el objeto de sus previsiones, es decir, la inmo-

vilidad y la monótona repetitividad de la historia, se confirme. De tal modo relegan a arte los medios que podían asegurar el progreso hacia mejor.

Respecto a las grandes aspiraciones de los hombres de buena voluntad estamos ya demasiado retrasados. Busquemos no acrecentarlo con nuestra desconfianza, con nuestra indolencia, con nuestro escepticismo. No tenemos mucho tiempo que perder.

NOTAS AL CAPITULO VI

[1] G. Peces-Barba (al cuidado de), *Derecho positivo de los derechos humanos,* Editorial Debate, Madrid, 1987, págs. 13-14.

[2] K. Jaspers, *Origine e senso della storia,* Edizioni di Comunità, Milán, 1965 (edición Paperback, 1982). [Hay traducción castellana: *Origen y meta de la historia,* Trad. de F. Vela, Revista de Occidente, Madrid, 1965.]

[3] «Se il genere umano sia in costante progresso verso il meglio» (1798), en I. Kant, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto,* Utet Turín, 1965, págs. 219-20 y 225. [Hay versión castellana: «Si el género humano se halla en constante progreso hacia mejor», en I. Kant, *Filosofía de la Historia,* pról. y trad. de E. Imaz, Fondo de Cultura Económica, México, 1981].

[4] J. J. Rousseau, *Contratto sociale,* II, 7. [Hay traducción al castellano de Fernando de los Ríos, con prólogo de Manuel Tuñón de Lara, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1975.]

[5] Platón, *Leggi,* 624 a.

[6] C. Montesquieu, *Lo spirito delle leggi,* segunda edición actualizada, Utet, Turín, 1965, vol. I, pág. 58. [Hay versión castellana de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, con introducción de Enrique Tierno Galván, Montesquieu, *El espíritu de las leyes,* Tecnos, Madrid, 1985.]

[7] J. Locke, *Secondo trattato sul governo,* II, 4. [Hay traducción castellana de A. Lázaro Ros, *Ensayo sobre el gobierno civil,* Aguilar, Madrid, 1980.]

[8] E. Burke, *Speech on the Economic Reform* (1780), en *Works,* vol. II, Londres, 1906, pág. 357.

[9] F. R. Lamennais, *Des progrès de la révolution et de la guerre contre l'église* (1829), en *Oeuvres Complètes,* IX, París, 1836-37, págs. 17-18. Obtengo esta cita y la anterior de S. Lukes, *Individualism,* Blackwell, Oxford, 1985, págs. 3 y 7.

VII

Derechos del hombre y sociedad

En una reflexión general sobre los derechos humanos conviene, en primer lugar, distinguir la teoría de la praxis, o mejor, darse cuenta inmediatamente que teoría y praxis caminan sobre dos planos distintos y a diferente velocidad. Quiero recalcar que de los derechos del hombre se ha hablado y se sigue hablando en estos años entre estudiosos, filósofos, juristas, sociólogos y políticos, mucho más de aquello que hasta ahora se ha conseguido hacer para reconocerlos y protegerlos efectivamente, esto es, para transformar aspiraciones, nobles pero vagas, exigencias justas pero débiles, en derechos en sentido propio (en el sentido en el que hablamos de «derecho» los juristas).

Teniendo siempre presente esta distinción para no confundir dos planos que deben ser bien distintos, se puede afirmar, en general, que el desarrollo de la teoría y de la praxis (más de la teo-

ría que de la praxis) de los derechos del hombre se ha concretado esencialmente desde finales de la guerra en adelante en dos direcciones: la de su universalización y la de su multiplicación.

No me detengo en esta sede sobre el proceso de universalización, ante todo porque me parece menos relevante para la sociología del Derecho, y además porque el tema ha sido ampliamente tratado en la doctrina del Derecho internacional que ve justamente en este proceso el punto de partida de una profunda transformación del Derecho de «gentes», como ha sido llamado durante siglos, en Derecho también de los «individuos», de los individuos aislados, los cuales, adquiriendo, al menos potencialmente, el derecho de demandar al propio Estado, se van transformando de ciudadanos de un Estado en ciudadanos del mundo.

Me detengo, de modo particular, sobre el segundo proceso, el de la multiplicación, porque se presta mejor a algunas consideraciones sobre la relación entre derechos del hombre y sociedad, sobre los orígenes sociales de los derechos del hombre, sobre el estrecho nexo que transcurre entre cambio social y nacimiento de nuevos derechos, sobre temas que me parece pueden interesar en mayor medida a una reunión de sociólogos del Derecho, de estudiosos cuyo trabajo específico es el de reflexionar sobre el Derecho como fenómeno social.

También los derechos del hombre son, indudablemente, un fenómeno social. O, por lo menos, son también un fenómeno social, y entre los distintos puntos de vista desde los cuales pueden ser contemplados, filosófico, jurídico, económico, etc., existe un lugar para el sociológico, apropiado para la cita, de la sociología jurídica.

Esta multiplicación (estaba por decir «proliferación») se ha producido por tres causas: *a)* porque ha ido aumentando la cantidad de bienes considerados merecedores de ser tutelados; *b)* porque ha sido ampliada la titularidad de algunos típicos derechos a sujetos distintos del hombre; *c)* porque el hombre mismo no ha sido ya considerado como ente genérico, u hombre en abstracto, sino que ha sido visto en la especificidad o en la concreción de sus diversas maneras de estar en la sociedad, como menor, como viejo, como enfermo, etc. En sustancia, más bienes, más sujetos, más *status* del único individuo. Superfluo es señalar que entre estos tres procesos existen relaciones de interdependencia: el reconocimiento de nuevos derechos *de* (donde

«de» indica el sujeto) comporta casi siempre el aumento de derechos *a* (donde «a» indica el objeto). Aún es más superfluo poner de relieve, lo que importa a nuestros fines, que las tres causas de la cada vez más acelerada multiplicación de los derechos del hombre resaltan inmediatamente como más evidente y explícita, la necesidad de referirse a un determinado contexto social.

Respecto al primer proceso se ha producido el paso de los derechos de libertad, de la llamada libertad negativa, de religión, de opinión, de prensa, etc., a los derechos políticos y a los derechos sociales, que requieren una intervención directa del Estado. Respecto al segundo, se ha producido el paso de la consideración del ser humano *uti singulus,* que ha sido el primer sujeto al que se le atribuyeron derechos naturales (o morales), en otras palabras de la «persona», a sujetos distintos del individuo, como la familia, una minoría étnica o religiosa, toda la humanidad en su conjunto dentro del debate actual entre filósofos morales sobre el derecho de los descendientes a la supervivencia, y más allá de los individuos aisladamente considerados o en las distintas comunidades reales o ideales que lo representan, hasta titulares diferentes de los hombres, como los animales. En los movimientos ecologistas está casi emergiendo un derecho de la naturaleza a ser respetada y no explotada, donde la palabra «respeto» y «explotación» son exactamente las usadas tradicionalmente en la definición y en la justificación de los derechos humanos.

Respecto al tercer proceso, el paso se ha producido del hombre genérico, del hombre en cuanto hombre, al hombre específico, o sea, en la especificidad de sus diversos *status* sociales, en relación a distintos criterios de diferenciación, el sexo, la edad, las condiciones físicas, cada uno de los cuales revela diferencias específicas, que no consienten igual tratamiento e igual protección. La mujer es diferente del hombre, el niño del adulto, el adulto del viejo, el sano del enfermo, el enfermo temporal del enfermo crónico, el enfermo mental de otros enfermos, los físicamente normales de los minusválidos, etc. Basta una mirada a las cartas de derechos que se han ido sucediendo en el ámbito internacional, en los últimos cuarenta años, para darse cuenta de este fenómeno: en 1952 la Convención sobre derechos políticos de la mujer; en 1959, la Declaración de los derechos del niño; en 1971, la Declaración de derechos del disminuido mental; en

1975, la Declaración de derechos de los minusválidos; en 1982, la primera Asamblea mundial, en Viena, sobre los derechos de los ancianos, que propone un proyecto aprobado por una resolución de la Asamblea de la ONU de 3 de diciembre.

Bien entendido, este proceso de multiplicación por especificación se ha producido principalmente en el ámbito de los derechos sociales. Los derechos de libertad negativa, los primeros derechos reconocidos y protegidos, valen para el hombre abstracto. No por casualidad fueron presentados en sus orígenes como derechos del hombre. La libertad religiosa, una vez afirmada, se ha ido extendiendo a todos, aunque al principio no era reconocida a ciertas confesiones o a los ateos, pero eran excepciones que debían ser justificadas. Lo mismo puede decirse de la libertad de opinión. Los derechos de libertad se comportan igualmente con el principio de igual trato. Respecto a los derechos de libertad sirve el principio de que todos los hombres son iguales. En el estado de naturaleza de Locke, que ha sido el gran inspirador de las declaraciones de derechos del hombre, los hombres son todos iguales, donde por «igualdad» se entiende que son iguales en el disfrute de la libertad, en el sentido de que ningún individuo puede tener más libertad que otro. Este tipo de igualdad es el que viene enunciado, por ejemplo, en el artículo 1 de la Declaración universal con la afirmación: «Todos los hombres libres nacen iguales en libertad y derechos», afirmación cuyo significado es que todos los hombres nacen iguales en la libertad, en el doble sentido de la expresión: «Los hombres tienen igual derecho a la libertad», «Los hombres tienen derecho a una igual libertad». Son dos formulaciones del mismo principio según el cual debe ser excluida toda discriminación fundada sobre diferencias específicas entre hombres, entre grupos, como señala el artículo 3 de la Constitución italiana, la cual, después de haber dicho que los hombres tienen «igual dignidad social», añade, especificando y precisando, que son iguales «ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas, condiciones personales y sociales». El mismo principio está todavía más explícito en el artículo 2.1 de la Declaración universal, según el cual «a todo individuo le corresponden todos los derechos y todas las libertades enunciadas en la presente declaración, sin distinción alguna, por razones de color, de sexo, de lengua, de religión, de opinión política o de otro género, de origen nacio-

nal o social, de riqueza, de nacimiento o de otra condición».

Esta universalidad, o indistinción, o indiscriminación, en la atribución o en el eventual disfrute de los derechos de libertad no sirve en lo referente a los derechos sociales, ni tampoco a los derechos políticos, frente a los cuales los individuos son sólo genéricamente iguales, pero específicamente no lo son. Respecto a los derechos políticos y a los derechos sociales existen diferencias entre individuos, o, mejor, entre grupos de individuos, que son siempre, e intrínsecamente, relevantes. Durante siglos, sólo los hombres, y no todos, han tenido el derecho de votar; hoy todavía no lo tienen los menores, y no es razonable pensar que lo obtengan en un futuro próximo. Esto quiere decir que en la afirmación y en el reconocimiento de los derechos políticos no se puede dejar de tener en cuenta las diferencias, que justifican el tratamiento no igual. De igual forma, y con mayor evidencia, ocurre lo mismo en el campo de los derechos sociales. Sólo genérica y retóricamente se puede afirmar que todos son iguales respecto a los tres derechos sociales fundamentales, el trabajo, la educación y la salud, como, en cambio, se puede decir realmente que todos son iguales en el disfrute de la libertad negativa. Y no puede decirse, porque en la atribución de los derechos sociales hay que tener en cuenta las diferencias específicas, que son relevantes para distinguir un individuo de otro, o mejor, un grupo de individuos de otro. Lo que indica el artículo 3 de la Constitución, ya citado, de que todos los ciudadanos son iguales sin distinción de «condiciones personales y sociales» no es cierto respecto a los derechos sociales, porque ciertas condiciones personales y sociales son ciertamente relevantes en la atribución de estos derechos. Respecto al trabajo existen diferencias relevantes de edad y de sexo; respecto a la educación existen diferencias relevantes entre niños normales y niños que no lo son; respecto a la salud existen diferencias relevantes entre adultos y ancianos.

No intento llevar este razonamiento hasta sus últimas consecuencias. Intento solamente señalar que igualdad y diferencia tienen una relevancia según vengan en relación con derechos de libertad o con derechos sociales. Esto, por otro lado, es una de las razones por las que en el campo de los derechos sociales, más que en el de los derechos de libertad, se ha producido aquella proliferación de los derechos sobre los que he hablado al comien-

zo, ya que a través del reconocimiento de los derechos sociales ha aparecido, al lado del hombre abstracto o genérico, del ciudadano sin otra cualificación, nuevos personajes como sujetos de derechos antes desconocidos en las declaraciones de derechos de libertad: la mujer y el niño, el anciano y el muy anciano, el enfermo y el demente, etc.

Resulta superfluo añadir que el reconocimiento de los derechos sociales plantea, además del problema de la proliferación de los derechos del hombre, problemas bastante más difíciles de resolver respecto a aquella «praxis» de la que he hablado al comienzo, porque la protección de estos últimos requiere una intervención activa del Estado que la protección de los derechos de libertad no requiere, y ha producido aquella organización de servicios públicos de la que ha nacido una nueva forma de Estado, el Estado social. Mientras los derechos de libertad nacen contra el abuso de poder del Estado, y, por consiguiente, para limitar el poder de éste, los derechos sociales requieren para su práctica realizaciones, es decir, para el paso de la declaración puramente verbal a su protección efectiva, lo contrario, esto es, el aumento de los poderes del Estado. También «poder», por otro lado, como cualquier otro término del lenguaje político, comenzando por el de «libertad», tiene, según los contextos, una connotación positiva y una negativa. El ejercicio del poder puede ser considerado beneficioso o perjudicial según los contextos históricos y según los distintos puntos de vista desde los que estos contextos sean considerados. No quiero decir que el crecimiento de la libertad sea siempre un bien y el del poder sea siempre un mal.

He insistido hasta ahora sobre el fenómeno de la proliferación de los derechos del hombre como característico de la fase actual de desarrollo de la teoría y de la praxis de estos derechos, porque, a mi juicio, nada sirve mejor para demostrar el nexo entre cambio en la teoría y la praxis de los derechos del hombre y cambio social, y, por consiguiente, para resaltar el aspecto más interesante y fecundo desde donde puede ser estudiado el tema de los derechos del hombre por parte de los sociólogos del Derecho.

Comienzo con la distinción introducida por Renato Treves entre las dos tareas esenciales de la sociología del Derecho: la de indagar cuál es la función del Derecho, y, por consiguiente, tam-

bién de los derechos del hombre en toda su gama de especificaciones, en el cambio social, tarea que se puede sintetizar en la fórmula el «Derecho en la sociedad»; y la de analizar la mayor o menor aplicación de las normas jurídicas en una determinada sociedad, que incluye la mayor o menor aplicación de las normas de los Estados o del sistema internacional en su conjunto, relativas a los derechos del hombre, tarea que se resume en la fórmula «la sociedad en el Derecho». Ambas tareas tienen una particular y actualísima aplicación en aquella esfera de todo ordenamiento jurídico que comprende el reconocimiento y la protección de los derechos humanos.

Si se puede hablar de una tarea propia de la sociología del Derecho respecto al problema de los derechos humanos, de una misión que le distinga de la filosofía del Derecho, de la teoría general del Derecho, de la ciencia jurídica, ésta deriva de la constatación de que el nacimiento y ahora también crecimiento de los derechos humanos están estrechamente conectados con la transformación de la sociedad, como la relación entre proliferación de los derechos humanos y desarrollo social demuestra. Por tanto, la sociología en general, y la sociología del Derecho en particular, se encuentran en las mejores condiciones para contribuir especialmente a la profundización del problema.

La doctrina de los derechos del hombre ha nacido de la doctrina iusnaturalista, la cual, para justificar la existencia de derechos pertenecientes al hombre en cuanto tal, independientemente del Estado, partía de la hipótesis del estado de naturaleza, donde los derechos del hombre eran pocos y esenciales: el derecho a la vida y a la supervivencia, que incluye también el derecho a la propiedad, y el derecho a la libertad, que comprende algunas libertades esencialmente negativas. Para la teoría de Kant, que podemos considerar como la conclusión de esta primera fase de la historia de los derechos del hombre, culminada con las primeras declaraciones de derechos enunciadas no ya por filósofos, y, por consiguiente, *sine imperio,* sino por detentadores del poder de gobierno y, por consiguiente, *cum imperio,* el hombre natural tiene un único derecho, el derecho de libertad, entendida la libertad como «independencia de toda constricción impuesta por la voluntad de otro», ya que todos los demás derechos, incluido el de igualdad, están comprendidos en ella.

La hipótesis del estado de naturaleza, como estado preesta-

tal, y en algunos escritores también presocial, era una tentativa de justificar racionalmente, o de racionalizar, las exigencias que se habían extendido más, en un primer momento durante las guerras de religión, la de la libertad de conciencia contra toda forma de imposición de creencias (constricción seguida, a menudo, de sanciones no sólo espirituales, sino también temporales), en un segundo momento, en la época que va desde la Revolución inglesa a la americana y a la francesa, la de libertades civiles contra toda forma de despotismo. El estado de naturaleza era una mera ficción doctrinal que debía servir para justificar como derechos inherentes a la naturaleza misma del hombre, y como tales inviolables por parte de los detentadores del poder público, inalienables por parte de los mismos titulares de estos derechos, e imprescriptibles por muy larga que fuese la duración de sus violaciones o alienaciones; demandas de libertad que provenían de aquellos que combatían contra el dogmatismo de las iglesias y contra el autoritarismo de los Estados. La realidad de la que nacen las exigencias de estos derechos estaba constituida por aquellas luchas y movimientos que le habían dado vida y ser y le habían alimentado: luchas y movimientos de los que si se quiere comprender la razón, es necesario buscarla no ya en la hipótesis del estado de naturaleza, sino en la realidad social del tiempo, en sus contradicciones y en los cambios que fueron provocados de vez en cuanto por éstos.

Esta exigencia de descender de la hipótesis racional al análisis de la sociedad real y de su historia sirve con mayor razón hoy cuando las exigencias que provienen de la base en favor de una mayor protección de los individuos y grupos son exigencias que van más allá de la libertad *a* y de la libertad *de,* son, como se ha dicho, enormemente crecientes, aumentan continuamente, y justificarlas por la hipótesis abstracta de un estado de naturaleza simple, primitivo, donde el hombre vive con pocas necesidades esenciales, no tendría nunca fuerza persuasiva alguna, y, por consiguiente, ninguna utilidad ni teórica ni práctica. El hecho mismo de que la lista de estos derechos se encuentre en continuo aumento no sólo demuestra que el punto de partida del hipotético estado de naturaleza ha perdido toda verosimilitud, sino que deberíamos comprender que el mundo de las relaciones sociales, de donde estas exigencias derivan, es bastante complejo, y que para la vida y la supervivencia del hombre en esta nueva so-

ciedad no bastan los llamados derechos fundamentales, como la vida, la libertad y la propiedad.

No hay carta actual de derechos, por poner un ejemplo convincente, que no reconozca el derecho a la educación, que aumenta continuamente, primero elemental, después secundaria, y poco a poco también universitaria. No me consta que en las descripciones más notables del estado de naturaleza se hiciese mención de este derecho. La verdad es que tal derecho no surgía del estado de naturaleza porque no estaba inmerso en la sociedad del tiempo en que nacieron las doctrinas iusnaturalistas, cuando las exigencias fundamentales que partían de aquella sociedad para llegar a los poderosos de la tierra eran principalmente exigencias de libertad en relación con las iglesias y los Estados, y todavía no de otros bienes, como el de la educación, que sólo una sociedad más evolucionada social y económicamente expresaría. Eran exigencias cuyo fin principal consistía en poner límites a los poderes opresivos, para las que la hipótesis de una situación preestatal, o bien libre de poderes supraindividuales, como los de las iglesias o los gobiernos, correspondía perfectamente a la finalidad de justificar la reducción a los mínimos términos del espacio por ellos ocupado y de ampliar los espacios de libertad de los individuos. Al contrario, la hipótesis del hombre animal político, procedente de Aristóteles, había permitido justificar durante siglos el estado paternalista y, en su expresión más cruda, despótico, en el que el individuo no poseía por naturaleza ningún derecho de libertad, del cual, como un menor, no sabía servirse no sólo para el bien común, sino para su propio bien. No es extraño que el más directo adversario de Locke fuese el más rígido defensor del estado patriarcal y que el defensor del derecho de libertad como derecho fundamental, del que todos los otros derivan, fuese al mismo tiempo el más coherente adversario del patriarcalismo, de aquella forma de gobierno en la que los súbditos son tratados como eternos menores.

Por poner un ejemplo de gran actualidad, la exigencia de una mayor protección a los ancianos no habría podido nacer nunca si no se hubiese producido el aumento no sólo del número de ancianos, sino también de su longevidad, consecuencias ambas de cambios acontencidos en las relaciones sociales y debidos a los progresos de la medicina. ¿Y qué decir de los movimientos ecológicos y de las exigencias de una mayor protección de la natu-

raleza, que comporta la prohibición del abuso o del mal uso de los recursos naturales, de los que el hombre no puede prescindir? Por otra parte, también la esfera de los derechos de libertad se ha ido modificando y extendiendo por efecto de innovaciones técnicas en el campo de la transmisión y difusión de las ideas y de las imágenes, y en relación al posible abuso que de ellas se puede hacer y que era inconcebible cuando el mismo uso no era posible o técnicamente difícil. Lo que significa que el nexo entre cambio social y cambio en la teoría y en la praxis de los derechos fundamentales ha existido siempre, y que el nacimiento de los derechos sociales lo ha puesto más en evidencia, tanto que ahora es imposible evitarlo. En una sociedad en la que aquellos que poseían la ciudadanía activa eran solamente los propietarios, era obvio que fuese elevado a derecho fundamental el derecho de propiedad, así como en la sociedad de los países de la primera revolución industrial, cuando entraron en escena los movimientos obreros, fue también obvio que se elevase a derecho fundamental el derecho al trabajo. La reivindicación del derecho al trabajo como derecho fundamental, tan fundamental que se ha incorporado generalmente a las declaraciones de derechos contemporáneas, ha tenido las mismas buenas razones que la reivindicación precedente del derecho de propiedad como derecho natural. Eran buenas razones que tenían su propia raíz en la naturaleza de las relaciones de poder características en la sociedad que las había generado, y, por consiguiente, en la naturaleza específica, históricamente determinada, de aquella sociedad.

Todavía más importante y vastísima es la tarea de los sociólogos del Derecho en lo que se refiere a otro tema fundamental, la aplicación de las normas jurídicas, o sea, el fenómeno que es cada vez más estudiado con el nombre intraducible de *implementation*. El campo de los derechos del hombre, más precisamente, de las normas que declaran, reconocen, definen, atribuyen, derechos del hombre, es aquel en el que mayor es la diferencia entre la posición de la norma y su efectiva aplicación. En mayor medida propiamente en el campo de los derechos sociales. Tanto que en nuestra Constitución las normas que se refieren a derechos sociales han sido llamadas púdicamente «programáticas». ¿Nos hemos preguntado alguna vez qué género de normas son éstas que no mandan o prohíben o permiten *hic et nunc,* pero mandan, prohíben, permiten en un futuro impreciso y sin una ca-

dencia taxativa? Y, sobre todo, ¿no nos hemos preguntado nunca qué género de derechos son aquellos que estas normas definen? Un derecho cuyo reconocimiento y cuya efectiva protección son reenviados *sine die* y confiados a la voluntad de los sujetos cuya obligación de realizar el «programa» es solamente una obligación moral o, como máximo, política, ¿pueden todavía llamarse correctamente derechos? ¿La diferencia entre estos pretendidos derechos y los derechos propiamente dichos no es lo suficientemente grande como para hacer impropio o, por lo menos, poco útil el uso de la misma palabra para designar a unos y a otros? Además de todo, la gran mayoría de normas sobre derechos del hombre, que emanan de órganos internacionales, no son ni siquiera normas programáticas como lo son las normas de una constitución nacional relativas a los derechos sociales. O, al menos, no lo son hasta que son ratificadas por los Estados. Es muy instructiva, a este propósito, la investigación dirigida por el profesor Evan sobre el número de ratificaciones de las dos Convenciones internacionales sobre derechos del hombre por parte de los Estados miembros de las Naciones Unidas: de ésta resulta que sólo dos quintos de los Estados la han ratificado, y que existen grandes diferencias entre los Estados del primer, segundo y tercer mundo. Las cartas de derechos, mientras permanecen en el ámbito internacional del cual emanan, son más que cartas de derechos en el sentido propio de la palabra, expresiones de buenas intenciones, todo lo más directivas generales de acciones proyectadas hacia un futuro indeterminado e incierto, sin ninguna garantía seria de actuación que la buena voluntad de los Estados y sin más apoyo que la presión de la opinión pública internacional, o de agencias no estatales como Amnistía Internacional.

No es ciertamente éste el lugar oportuno para afrontar el problema de los distintos significados del término «derecho» y de las disputas, en gran parte verbales, que le rodean, que no se puede evitar, cuando el tema de discusión es el de los derechos del hombre. Ya sea que se afronte el problema a través de la distinción clásica entre derechos naturales y derechos positivos, sea que se afronte a través de aquella más común en el lenguaje de la filosofía anglosajona, entre *moral rights* y *legal rights*, no se puede dejar de advertir rápidamente que el término «derecho» cambia de significado en el paso del primero al segundo término de la distinción. Que se convenga usar el término «derecho» no

sólo para el segundo, sino también para el primero, es una cuestión de oportunidad. Comparto la preocupación de aquellos para los que llamar, en la mejor de las hipótesis, «derechos» a exigencias de derechos futuros significa crear expectativas, que pueden no ser nunca satisfechas, en todos aquellos que usan la palabra «derecho», según el lenguaje corriente, en el sentido de expectativas con posibilidad de satisfacción por estar protegidas.

Por prudencia he usado siempre en el transcurso de mi escrito la palabra «exigencias» antes que «derechos», cuando me refería a derechos no constitucionalizados, esto es, a meras aspiraciones, aunque justificadas con argumentos plausibles, a derechos (positivos) futuros. Habría podido también usar el término «pretensión» *(claim),* que pertenece al lenguaje jurídico, y que es, a menudo, usado en los debates sobre la naturaleza de los derechos del hombre, pero, a mi parecer, todavía demasiado comprometido. Naturalmente, no tengo nada en contra de llamar «derechos» también a estas exigencias de futuros derechos, con tal de que se evite la confusión entre una exigencia bien motivada de una protección futura de cierto bien con la protección efectiva de este bien que se puede obtener recurriendo a un tribunal de justicia capaz de reparar el daño y, eventualmente, de castigar al culpable. A quienes no quieran renunciar al uso de la palabra «derecho» también para las exigencias naturalmente motivadas de una protección futura, sí puedo sugerir que se distinga un derecho en sentido débil de un derecho en sentido fuerte, y atribuir la segunda expresión únicamente a la exigencia o pretensión eficazmente protegida.

«Derecho» es una figura deóntica y, por consiguiente, del lenguaje normativo, esto es, de un lenguaje en el que se habla de normas y sobre normas. La existencia de un derecho, sea en sentido fuerte, sea en sentido débil, implica siempre la existencia de un sistema normativo, donde por «existencia» se puede entender tanto el mero hecho externo de un derecho histórico o vigente, cuanto el reconocimiento de un conjunto de normas como guía de las propias acciones. La figura del derecho tiene por correlativo la figura de la obligación. Como no existe padre sin hijo y viceversa, no existe derecho sin obligación y viceversa. La vieja idea de que existiesen obligaciones sin derechos correspondientes, como las obligaciones de beneficiencia, derivaba de negar que el beneficiario fuese titular de un derecho. Esto no im-

pedía que la obligación de beneficiencia fuese una obligación hacia Dios o hacia la propia conciencia, que eran, no el beneficiario, los verdaderos y únicos titulares de los derechos en relación con la obligación. Se puede hablar de derechos morales sólo en el ámbito de un sistema normativo moral, donde existen obligaciones cuya fuente no es la autoridad dotada de fuerza coactiva, sino Dios, la propia conciencia, la presión social, según las distintas teorías de la moral. Se puede hablar de derechos naturales presuponiendo, como presuponen los iusnaturalistas, un sistema de leyes de la naturaleza que atribuyen, como todas las leyes, derechos y deberes, deducibles de la observación de la naturaleza del hombre, del código de la naturaleza, así como los derechos positivos se obtienen del estudio de un código de leyes positivas, hecho valer por una autoridad capaz de hacer respetar sus propios mandatos. Obligaciones morales, obligaciones naturales y obligaciones positivas, y respectivamente los derechos relativos, pertenecen a sistemas normativos distintos. Para dar sentido a términos como obligación y derecho es preciso insertarlos en un contexto de normas, no importa cuál sea la naturaleza de este contexto. Pero respecto a los derechos positivos, los derechos naturales son solamente exigencias motivadas con argumentos históricos y racionales para su positivación en un sistema de Derecho eficazmente protegido. Desde el punto de vista de un ordenamiento jurídico los llamados derechos morales o naturales no son propiamente derechos: son solamente exigencias para ser eventualmente transformadas en derechos de un nuevo ordenamiento caracterizado por un distinto modo de protección de las mismas. También el paso de un ordenamiento a otro es un paso que se produce en un determinado contexto social y no está, de ninguna manera, determinado.

El iusnaturalista objetará que existen derechos naturales o morales absolutos, los cuales, en cuanto tales, son derechos también respecto de cualquier sistema normativo histórico y positivo. Pero una afirmación de este tipo es contradicha por la variedad de los códigos naturales y morales propuestos y por el mismo uso corriente del lenguaje que no permite llamar «derechos» a la mayor parte de las exigencias o pretensiones que se han planteado doctrinalmente o se han sostenido por una fuerte y autorizada opinión pública, antes de ser recogidas en un ordenamiento jurídico positivo. Por poner un ejemplo cualquiera, ¿antes de

que la mujer obtuviese, en las distintas legislaciones positivas, el derecho de votar, se podía correctamente hablar de un derecho natural o moral de las mujeres de votar cuando las razones por las que no se reconocía este derecho eran propiamente naturales (las mujeres no son por naturaleza independentes) y morales (las mujeres son demasiado apasionadas para poder expresar su propio parecer sobre una ley que debe ser motivada racionalmente)? ¿Se puede decir que existiese un derecho a la objeción de conciencia antes de que ésta fuese reconocida? En las legislaciones en las que no está reconocida, ¿qué sentido tiene afirmar que existe, no obstante todo esto, un derecho natural o moral a la objeción de conciencia? ¿Qué puede decirse sino que existen buenas razones por las cuales esta exigencia debe ser reconocida? ¿Qué sentido tiene afirmar que existía un derecho a la libertad de abortar antes de que esta aspiración de las mujeres fuese escuchada y reconocida por una legislación civil con razones, entre otras, histórica y socialmente fundadas, y, por consiguiente, sin validez absoluta, como son el creciente número de las mujeres que trabajan o el peligro de un exceso de población que amenaza a la humanidad?

Podríamos continuar. Esta argumentación adquiere un particular interés a propósito de los derechos del hombre, por los cuales se ha producido históricamente el paso de un sistema de derechos en sentido débil, en cuanto estaban insertados en códigos de normas naturales o morales, a un sistema de derechos en sentido fuerte, como son los sistemas jurídicos de los Estados nacionales. Y hoy, a través de las distintas cartas de derechos en la comunidad internacional, se ha producido el paso inverso de un sistema más fuerte, como es el nacional no despótico, a un sistema más débil, como es el internacional, donde los derechos proclamados son sostenidos casi exclusivamente por la presión social, como sucede habitualmente en relación con los códigos morales, y son violados repetidamente sin que las violaciones sean, la mayoría de las veces, castigadas, y no tengamos más respuestas que una condena moral. En el actual sistema internacional faltan algunas condiciones necesarias para que pueda producirse la transformación de los derechos en sentido débil en derechos en sentido fuerte: *a)* que el reconocimiento y la protección de las pretensiones o exigencias contenidas en las declaraciones provenientes de órganos u organismos del sistema inter-

nacional sean considerados condiciones necesarias para la pertenencia de un Estado a la comunidad internacional; *b)* la falta, en el sistema internacional, de un poder común suficientemente fuerte como para prevenir o reprimir las violaciones de los derechos declarados.

No hay mejor ocasión que este congreso internacional de investigadores, en particular de sociólogos del Derecho que se ocupan profesionalmente de observar la interrelación entre sistema jurídico y sistema social, para denunciar el abuso que se viene haciendo, o mejor, el uso engañoso que se hace del término «derecho» en las declaraciones de este o aquel derecho del hombre en la comunidad internacional. No sin cierta hipocresía, ya que aquellos que están sentados en la mesa de una asamblea internacional, sean hombres políticos, diplomáticos, juristas o expertos en general, no pueden desconocer que aquello en torno a lo que discuten son pura y simplemente propuestas o directivas para una futura legislación, y que las cartas enunciadas al final de estas asambleas no son propiamente cartas de derechos, como aquellas que precedieron a las constituciones nacionales a partir del final del siglo XVIII, o, por usar la primera expresión con la que los derechos del hombre hicieron su aparición sobre la escena de la historia, no son *Bill of Rights*, sino documentos relativos a aquellos que debían o deberían ser derechos en un futuro próximo, cuando los Estados los reconozcan o cuando el sistema internacional haya prestado los órganos y los poderes necesarios para hacerlos valer cuando sean violados. Una cosa es un derecho, otra una promesa de un derecho futuro. Una cosa es un derecho actual, otra un derecho en potencia. Una cosa es tener un derecho que es, en cuanto reconocido y protegido, otra tener un derecho que debe ser, pero que por ser, o bien por el paso del deber ser al ser, tiene necesidad de transformarse en el objeto de discusión de una asamblea de expertos y en objeto de decisión de un órgano legislativo dotado de poder coactivo.

He partido de la constatación de la enorme diferencia entre la amplitud del debate teórico sobre derechos del hombre y los límites entre los que se desenvuelve su efectiva protección en los Estados y en el sistema internacional. Esta diferencia no puede ser colmada más que por las fuerzas políticas. Pero los sociólogos del Derecho están, entre los cultivadores de disciplinas jurídicas, en las mejores condiciones para documentarla, desplegar las razones y, con ello, hacerla menos grande.

SEGUNDA PARTE

VIII

La Revolución Francesa y los derechos del hombre

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano fue aprobada por la Asamblea Nacional el 26 de agosto de 1789. La discusión que llevó a la aprobación se desarrolló en dos tiempos. Desde el 1 hasta el 4 de agosto se discutió si se debería proceder a una declaración de derechos antes de la promulgación de una Constitución. Contra los que la consideraban inútil y contra los que la consideraban útil pero aplazable o útil sólo si fuese acompañada por una declaración de deberes, la Asamblea decidió casi por unanimidad que una declaración de derechos, considerada, según las palabras de un miembro de la Asamblea inspiradas en Rousseau, acto de constitución de un pueblo, debía ser proclamada inmediatamente y por consiguiente preceder a la Constitución. Del 20 al 26 de agosto el texto elegido por la Asamblea es debatido y aprobado.

Los testimonios del tiempo y de los historiadores están de acuerdo en estimar que este acto representa uno de los momentos decisivos, al menos simbólicamente, que señalan el fin de una época y el inicio de otra, y, por tanto, suponen un vuelco en la historia del género humano. Un gran historiador de la Revolución, Georges Lefebvre, escribió: «Proclamando la libertad, la igualdad y la soberanía popular, la Declaración constituyó el acta de defunción del Antiguo Régimen, destruido por la Revolución» [1]. Entre los miles y miles de testimonios del significado ideal de este texto, que nos han dejado los historiadores del siglo pasado, elijo el de un escritor político, que fue el primero en discutir la imagen que la revolución había tenido de sí misma, Alexis de Tocqueville. Refiriéndose a la primera fase del 89, la describe como «el tiempo de entusiasmo juvenil, de arrogancia, de pasiones generosas y sinceras, de las que, a pesar de cualquier error, los hombres guardarían eterna memoria, y que, por mucho tiempo todavía, turbará los sueños de aquellos a quienes los hombres quieren dominar o corromper» [2].

Curiosamente, la misma palabra «entusiasmo» (una palabra que el racionalista Voltaire detestaba [3]) era usada por Kant que, aun condenando como abominable el regicidio, escribió que «esta revolución de un pueblo rico en espiritualidad», que aun habiendo podido acumular «miseria y crueldad», había encontrado sin embargo «una participación de aspiraciones que roza el entusiasmo», no podía tener por causa sino «una disposición moral de la especie humana». Definido el entusiasmo como la «participación en el bien con pasión», explicaba inmediatamente después que «el verdadero entusiasmo se refiere sólo y siempre a aquello que es ideal, a aquello que es puramente moral», y que la causa moral de este entusiasmo era «el derecho que tiene un pueblo de no ser impedido por otras fuerzas a darse una Constitución civil que él mismo cree buena» [4]. De esta forma, Kant conectaba directamente el aspecto que entendía positivo de la revolución al derecho de un pueblo de decidir por sí mismo su propio destino. Y bien, este derecho se habría revelado primeramente, según Kant, en la Revolución Francesa. Y este derecho era el derecho de libertad en uno de los dos sentidos principales del término, como autodeterminación, como autonomía, como capacidad de darse una legislación a sí mismos, como la antítesis de toda forma de poder paternal o patriarcal, que había carac-

terizado los gobiernos despóticos tradicionales. Cuando Kant en un pasaje de la *Paz perpetua* define la libertad, la define de este modo: «La libertad jurídica es la facultad de no obedecer a otras leyes externas, sino a las que he podido dar mi consentimiento» [5]. En esta definición estaba la inspiración de Rousseau que había definido la libertad como «la obediencia a las leyes que nos hemos prescrito» [6].

No obstante el disenso tantas veces manifestado respecto al idealismo abstracto kantiano, y la ostentación de una cierta superioridad de los alemanes que no habían tenido necesidad de la Revolución porque habían tenido la Reforma, Hegel, al hablar, en sus lecciones de filosofía de la historia, de la Revolución Francesa, no puede esconder su admiración y habla también él de «entusiasmo del espíritu» *(Enthusiasmus des Geistes),* por el que el mundo fue recorrido y agitado «como si ahora se hubiese finalmente producido la verdadera conciliación del divino con el mundo» [7]. Llamándola «una espléndida aurora», por la que «todos los seres pensantes han celebrado concordes esta época», expresaba con esta metáfora la convicción propia de que con la Revolución se había producido el inicio de una nueva época de la historia con una explícita referencia a la Declaración, cuyo fin era, a su juicio, aquel fin político de asegurar los derechos naturales, entre los cuales el principal es la libertad, seguido de la igualdad frente a la ley como una ulterior determinación suya.

La primera defensa, amplia, históricamente documentada y filosóficamente argumentada, de la Declaración fue aquella contenida en las dos partes de *Los derechos del hombre,* de Thomas Paine, que aparecieron respectivamente en 1791 y en 1792 [8]. La obra es en gran parte un panfleto contra Edmund Burke, que en defensa de la Constitución inglesa había atacado con acritud la Revolución hasta su primera fase y a propósito de los derechos humanos había dicho: «Nosotros no nos hemos dejado vaciar de nuestros sentimientos para llenarnos artificialmente, como pájaros embalsamados en un museo, de paja y trapo e insípidos fragmentos de cartas exaltantes de los derechos del hombre» [9]. Naturales son para Burke sentimientos como el temor de Dios, el respeto al Rey, el afecto por el Parlamento; no naturales en cambio, aún más «falsos y espurios», los que (la alusión a los derechos naturales es evidente) nos enseñan «una servil, licenciosa y desordenada insolencia, una especie de libertad que dura sólo

pocos días de fiesta, que nos hacen justamente dignos de una eterna y miserable esclavitud» [10]. Precisaba que los ingleses son hombres ligados a los sentimientos más naturales, aunque son precavidos: «Nos guardamos bien de permitir a los seres humanos vivir y actuar sobre la guía de las luces de la propia racionalidad individual..., porque entendemos que es mejor para cada uno valerse del patrimonio de la experiencia acumulado por los pueblos en el transcursos de largos siglos» [11].

Para fundamentar los derechos del hombre Paine ofrece una justificación, que no podía ser entonces sino religiosa. Para encontrar el fundamento de los derechos humanos se necesita, a su juicio, no permanecer dentro de la historia, como había hecho Burke, sino trascender la historia y llegar al momento de los orígenes cuando el hombre había salido de las manos del Creador. La historia no prueba nada a no ser nuestros propios errores, de los que debemos liberarnos. El único punto de partida para salirnos consiste en reafirmar la unidad del género humano que la historia ha dividido. Sólo así se descubre que el hombre antes de tener derechos civiles que son el producto de la historia tiene derechos naturales que le preceden, y estos derechos naturales son el fundamento de todos los derechos civiles. Más concretamente: «Son derechos naturales aquellos que pertenecen al hombre en virtud de su existencia. A este género pertenecen todos los derechos intelectuales, o derechos de la mente, y también todos los derechos de actuar como individuo para el propio bienestar y para la propia felicidad que no sean lesivos a los derechos naturales de los demás» [12]. Distinguiendo tres formas de gobierno, aquel fundado sobre la superstición, o gobierno del clero, aquel fundado sobre la fuerza, o de los conquistadores, llamaba al tercero, fundado sobre el interés común, el de la razón.

Paine, antes de llegar a Francia, había participado activamente en la Revolución americana con varios escritos y en particular con el ensayo *Common sense* (1776), en el cual, como súbdito británico que era, había criticado ásperamente el poder real reclamando el derecho de los Estados americanos a su independencia, partiendo de la tesis, característica del más genuino liberalismo, según la cual había llegado la hora en la que la sociedad civil se emancipase del poder político, porque, mientras la sociedad es una bendición, el gobierno, como los vestidos que recubren nuestra desnudez, es el emblema de la inocencia perdida [13].

Con su acción y con su obra Paine representó la continuidad entre las dos revoluciones. No había duda de que la una fuese el desarrollo de la otra y que en general la Revolución americana hubiese abierto la puerta a las revoluciones de Europa: idénticos eran los principios inspiradores, y el fundamento de ambas, el derecho natural; idéntica su conclusión, el gobierno fundado sobre el contrato social, la república como gobierno que rechaza por siempre la ley de la sucesión, la democracia como gobierno de todos.

La relación entre las dos revoluciones, por otro lado muy compleja, ha estado en estos dos siglos continuamente estudiada y debatida. Los problemas son dos: cuál ha sido la influencia, y si ha sido determinante, de la más antigua sobre la más reciente; cuál de las dos, consideradas en sí mismas, es política o éticamente superior a la otra.

Respecto al primer problema, el debate fue particularmente encendido a finales de siglo cuando Jellinek en una conocida obra aparecida en 1896 negó con un examen punto por punto la originalidad de la Declaración francesa, levantando vivaces réplicas de los que sostenían que la semejanza era debida a la inspiración común, y era también improbable por el escaso conocimiento que los constituyentes tenían de los distintos *Bills of Rights* americanos [14]. Bien mirado, existen algunas diferencias de principio: en la Declaración del 89 no aparece entre las metas a alcanzar la «felicidad» (la expresión «felicidad de todos» aparece sólo en el preámbulo), y, por consiguiente, «felicidad» no es una palabra clave del documento como había sido en cambio en las cartas americanas, comenzando por la de Virginia (1776), conocida por los constituyentes franceses, donde algunos derechos *inherent* (traducidos forzadamente por «innatos») son protegidos porque permiten la consecución de la «felicidad» y de la «seguridad». Qué era la «felicidad» y cuál fue su relación con el bien público había sido uno de los temas debatidos por los *philosophes,* pero a medida que tomó cuerpo la figura del Estado liberal y de Derecho, fue completamente abandonada la idea de que fuese tarea del Estado proveer la felicidad de los súbditos. También en este caso la palabra más clara e iluminante fue dicha por Kant, el cual, en defensa del Estado liberal puro cuyo fin es el de permitir que la libertad de cada uno se pueda explicar en base a una ley universal de la razón, había rechazado el

Estado eudemónico, el cual pretendía que fuese su tarea hacer felices a los súbditos mientras debe ser solamente la de darles la suficiente libertad como para permitir a cada uno perseguir la propia felicidad a su manera [15].

Secundariamente, la Declaración francesa es, como ha sido muchas veces puesto de manifiesto, todavía más intransigentemente individualista que la americana. Que la concepción de la sociedad, que estaba en la base de las dos declaraciones, fuese la que en el siglc siguiente será llamada, casi siempre con una connotación negativa, individualista, no hay necesidad de que sea particularmente subrayado, también porque volveremos a ello más tarde. A la formación de esta concepción por la que el individuo aislado, independientemente de todos los demás, si bien junto con todos los otros, pero cada uno por sí mismo, es el fundamento de la sociedad, contrariamente a la idea, transmitida durante siglos, del hombre como animal político, y como tal social desde sus orígenes, habían contribuido tanto la idea de un estado de naturaleza, como era el estado reconstruido de Hobbes a Rousseau, como estado presocial, cuanto la construcción artificial del *homo oeconomicus,* hecha por los primeros economistas, y la idea cristiana del individuo como persona moral, que tiene valor por sí mismo, en cuanto criatura de Dios. Las dos declaraciones parten de los hombres singularmente considerados; los derechos que proclaman pertenecen a los individuos tomados de uno en uno, que los poseen antes de entrar en cualquier sociedad. Pero mientras la «utilidad común» es invocada por el documento francés únicamente para justificar eventuales «distinciones sociales», las cartas americanas hacen casi todas una referencia directa al fin de la asociación política que es el del *common benefit* (Virginia), del *good of the whole* (Maryland) o del *common good* (Massachusetts). Los constituyentes americanos habían relacionado los derechos del individuo con el bien común de la sociedad. Los constituyentes franceses tienden a afirmar primera y exclusivamente los derechos de los individuos. Bien distinta será la idea en la que se inspirará la Constitución jacobina, en la que destaca el artículo 1, que dice: «El fin de la sociedad es la felicidad común», y sitúa en primer plano aquello que es de todos respecto a aquello que pertenece a los individuos singulares, el bien del todo respecto a los derechos de las partes.

En cuanto al segundo tema, el de cuál de las dos fuese ética y políticamente superior, la controversia es antigua. Ya durante la discusión en la Asamblea Nacional, uno de sus miembros, Pierre Victor Malouet, intendente de finanzas, candidato de la Baja Auvernia, había expresado su parecer contrario a la proclamación de derechos, afirmando que aquello que había ido bien para los americanos que «han tomado al hombre en el seno de la naturaleza y lo presentan al universo en su soberanía primitiva», y estaban por consiguiente «preparados para recibir la libertad con toda su energía», no iba igual de bien para los franceses, de los cuales una «multitud inmensa» estaba compuesta por hombres sin propiedad que esperan del gobierno más la seguridad del trabajo, aun haciéndoles, sin embargo, dependientes, que la libertad [16].

También en este caso entre los muchos testimonios de tal controversia elijo uno que debería ser particularmente familiar al público italiano, aunque tengo la impresión de que ha sido del todo olvidado. En el ensayo sobre «La Rivoluzione francese del 1789 e la Rivoluzione italiana del 1859» Alessandro Manzoni aborda el tema de la comparación entre la Revolución Americana y la Revolución Francesa partiendo de una comparación entre la Constitución americana de 1787 y la Declaración del 89, y no duda en preferir la primera, con argumentos que se parecen a los del intendente francés. Aparte del hecho, observa, de que la Constitución americana de 1787 no se hace preceder de ninguna declaración, las declaraciones de los congresos precedentes no tomaban en cuenta sino «algunos derechos positivos y especiales de las colonias frente al Gobierno y al Parlamento de Inglaterra; se limitaban a proclamar y a reivindicar los derechos que habían sido violados por el Gobierno, y que habían querido ser invalidados por el Parlamento, contra una antigua y pacífica posesión» [17]. Concluía que la semejanza que se había querido ver entre las dos declaraciones era solamente verbal, y verbal era la propia enunciación hasta el punto de que, mientras las cartas de los americanos habían tenido el efecto querido, de las solemnes proclamaciones de los constituyentes del 89 se podía decir sólo que habían precedido «por poco tiempo al momento en el que el desprecio y la violación de todo derecho llegaron hasta el punto de dudar de que haya en la historia algún parangón semejante» [18].

Dejamos a los historiadores la disputa sobre la relación entre las dos declaraciones. No obstante la influencia incluso inmediata que la revolución de las trece colonias tuvo en Europa y la rápida formación en el viejo continente del mito americano, fue la Revolución Francesa la que constituyó durante casi dos siglos el modelo ideal para todos aquellos que combatieron por la emancipación y la liberación del pueblo. Fueron los principios del 89 los que constituyeron, tanto en lo bueno como en lo malo, un punto de referencia obligado para los amigos y para los enemigos de la libertad, invocados por los unos, maldecidos por los otros. De la subterránea e inmediata fuerza expansiva que la Revolución Francesa tuvo en Europa, permitáseme recordar la espléndida imagen de Heine, que comparaba el susurro de los alemanes al oír las noticias de lo que sucedía en Francia con el murmullo que sale de las caracolas, que se colocan sobre las chimeneas como adorno, incluso cuando ya llevan mucho tiempo alejadas del mar: «Cuando en París en el gran océano humano las olas de la revolución subían, empujaban y se enfurecían tempestuosamente, por encima del Rhin los corazones alemanes murmuraban y bramaban» [19].

¡Cuántas veces resonó la llamada a los principios del 89 en los momentos cruciales de nuestra historia! Me limito a recordar dos, el Resurgimiento y la oposición al fascismo. Preconizando una nueva época que llamó «social», Mazzini reconoció que en la Declaración de Derechos del 89 se habían condensado «los efectos de la época cristiana, poniendo fuera de toda duda y elevando a dogma político la libertad conquistada en la esfera de la idea por el mundo grecorromano, la igualdad conquistada por el mundo cristiano y la fraternidad, que es consecuencia inmediata de los dos términos» [20]. Carlo Rosselli, en el libro programático, escrito en el destierro y publicado en Francia en 1930, *Socialismo liberale,* dice que el principio de libertad, extendido en la vida cultural durante los siglos XVII y XVIII, había alcanzado su apogeo con la Enciclopedia y «terminó por triunfar en sede política con la Revolución del 89 y su Declaración de derechos» [21].

He dicho en lo bueno como en lo malo [22]. La condena de los principios del 89 ha sido una de las causas habituales de todo movimiento antirrevolucionario, comenzando por De Maiestre hasta llegar a la Acción Francesa. Pero baste con citar un fragmen-

to del príncipe de los escritores reaccionarios, Friedrich Nietzsche (con el que coquetea desde hace tiempo una nueva izquierda sin brújula), el cual en uno de sus últimos fragmentos póstumos publicados escribió: «Nuestra hostilidad a la Revolución no se refiere a la farsa sangrienta, a la inmoralidad con la que se desenvolvió; sino a su moralidad de rebaño, a la "verdad" con la que siempre y todavía sigue operando, a su imagen contagiosa de "justicia y libertad", con la que se enlazan todas las almas mediocres, a la destrucción de la autoridad de las clases superiores» [23]. Algunos años después se hicieron eco de éstos algunos de sus, quizá inconscientemente, descendientes italianos que menospreciaban «la apoteosis de la rimbombante palabrería de la Revolución Francesa: Justicia, Fraternidad, Igualdad y Libertad» [24].

El núcleo doctrinal de la Declaración está contenido en los primeros tres artículos: el primero contempla la condición natural de los individuos que precede a la formación de la sociedad civil; el segundo, el fin de la sociedad política que viene, si no cronológicamente, axiológicamente después del estado de naturaleza, y el tercero, el principio de legitimidad del poder que corresponde a la nación.

La fórmula del primero: «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos», ha sido recogida casi literalmente en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.» Rousseau había escrito al principio del *Contratto sociale:* «El hombre ha nacido libre pero por todas partes está encadenado.» Se trataba, como ha sido dicho muchas veces, de un nacimiento no natural sino ideal. Que los hombres no nacen ni libres ni iguales era doctrina corriente, desde la creencia en una mítica edad de oro, que se remonta a los antiguos y había sido recogida durante el Renacimiento, había sido suplantada por la teoría, que desde Lucrecio había llegado hasta Vico, del origen feroz del hombres y de la barbarie primitiva. Que los hombres fuesen libres e iguales en el estado de naturaleza descrito por Locke al comienzo del *Secondo trattato sul governo civile* era una hipótesis racional: no era ni una constatación de hecho ni un dato histórico, sino una exigencia de la razón que sola habría podido invertir radicalmente la concepción secular según la cual el poder político, el poder sobre los hombres, el *impe-*

rium, procede de arriba a abajo y no al contrario. Esta hipótesis debía servir, según el mismo Locke, «para entender bien el poder político y derivarlo de sus orígenes» [25]. Era éste exactamente el fin que se habían propuesto los constituyentes, los cuales inmediatamente después en el artículo 2 declaran que «el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre», como la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. En el artículo no se encuentra la expresión «contrato social», pero la idea del contrato está implícita en la palabra «asociación». Por «asociación» se entiende, no se puede entender de otra forma, una sociedad contractual. La conexión entre los dos artículos viene del hecho de que el primero habla de igualdad en los derechos, el segundo especifica cuáles son estos derechos, entre los que no aparece la igualdad, que reaparecerá sin embargo en el artículo 6, que prevé la igualdad ante la ley, y en el artículo 13, que prevé la igualdad fiscal.

De los cuatro derechos enumerados, sólo la libertad es definida (art. 4); y es definida como el derecho de «poder hacer todo aquello que no daña a los demás», que es diferente de la definición corriente desde Hobbes a Montesquieu, según la cual la libertad consiste en hacer todo aquello que las leyes permiten, y de la de Kant, según la cual mi libertad se extiende hasta donde es compatible con la libertad de los demás. La seguridad será definida en el artículo 8 de la Constitución de 1793 como la «protección acordada por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades».

En cuanto a la propiedad, que el último artículo de la Declaración considera «derecho inviolable y sagrado», es sobre la que apuntarán las críticas de los socialistas y la que marcará en la historia a la Revolución del 89 como revolución burguesa. Su pertenencia a los derechos naturales derivaba de una antigua tradición jurídica muy anterior a la afirmación de la doctrinas iusnaturalistas. Era una consecuencia de la autonomía en el Derecho romano clásico del Derecho privado respecto al Derecho público, de la doctrina de los modos originarios de adquisición de la propiedad a través de la ocupación y el trabajo, y de los modos derivados, a través del contrato y la sucesión, modos, los unos y los otros, pertenecientes a la esfera de las relaciones privadas

que se desarrollan fuera de la esfera pública. Para no ir demasiado atrás, era bien conocida la teoría de Locke, uno de los principales inspiradores de la libertad de los modernos, según la cual la propiedad deriva del trabajo individual, es decir, de una actividad que se desarrolla antes y fuera del Estado. Contrariamente a lo que hoy se podría pensar después de las históricas reivindicaciones de los pobres contra los propietarios guiadas por los movimientos socialistas del siglo XIX, el derecho de propiedad fue considerado durante siglos como una barrera, la más fuerte barrera, al poder arbitrario del soberano. Fue acaso el más riguroso teórico del absolutismo, Thomas Hobbes, el que tuvo el atrevimiento de sostener que ésta era una teoría sediciosa y, por consiguiente, de condenar en un Estado fundado sobre principios racionales «que los ciudadanos tuviesen la propiedad absoluta de las cosas en su posesión» [26].

Que detrás de la afirmación del derecho de resistencia a la opresión estuviese también el pensamiento de Locke, no obstante fuese mucho más antiguo, es una cuestión pacífica. Habiendo sostenido que la razón por la que los hombres entran en sociedad es la conservación de su propiedad, además de la libertad, Locke deducía que cuando el gobierno viola estos derechos se sitúa en estado de guerra con su pueblo, el cual está desde ese momento libre de todo vínculo de obediencia, y no le queda más que «el refugio común que Dios ha ofrecido a todos los hombres contra la fuerza y la violencia» [27], esto es, recobrar la libertad originaria y resistir. Jurídicamente, el derecho de resistencia es un derecho secundario del mismo modo que son normas secundarias las destinadas a la protección de normas primarias: es un derecho secundario que interviene en un segundo momento cuando son conculcados los derechos de libertad, de propiedad y de seguridad que son derechos primarios. Distinto también porque el derecho de resistencia interviene tutelando los otros derechos pero no puede ser a su vez tutelado y, por tanto, debe ser ejercido asumiendo el peligro y el riesgo. Con un estricto rigor lógico, ningún gobierno puede garantizar el ejercicio del derecho de resistencia, que surge cuando el ciudadano no reconoce ya la autoridad del gobierno, y el gobierno a su vez no tiene ninguna obligación hacia él. Con una posible alusión a este artículo, Kant dirá que «para que el pueblo sea autorizado a la resistencia, debería promulgarse una ley pública que la permitie-

se» [28], pero una disposición así sería contradictoria porque en el momento en el que el soberano admite la resistencia contra sí renuncia a la propia soberanía y el súbdito se convierte en soberano ocupando su puesto. No es posible que los constituyentes no se diesen cuenta de la contradicción. Pero, como explica Georges Lefebvre, la inserción del derecho de resistencia entre los derechos naturales fue debida al recuerdo inmediato del 14 de julio y al temor de un nuevo asalto aristocrático y, por consiguiente, no era sino la justificación póstuma de la lucha contra el Antiguo Régimen [29]. En la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 no aparece el derecho de resistencia, pero en el preámbulo se lee que los derechos humanos, que serán a continuación enumerados, deben ser protegidos «si se quiere evitar que el hombre sea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión». Es como decir que la resistencia no es un derecho, sino, en determinadas circunstancias, una necesidad (como indica la palabra «compelido»).

El tercer artículo, según el cual «el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación», refleja fielmente el debate que se había desarrollado en el mes de junio cuando había sido rechazada la propuesta del conde de Mirabeau de adoptar la palabra «pueblo» que señalaba la diferencia respecto a los otros dos órdenes, antes que «nación», más comprensiva, unificante y englobadora, sostenida por el abad Sièyes, de donde había nacido el nombre de Asamblea Nacional; y expresa el concepto, destinado a convertirse en uno de los puntos esenciales de todo gobierno democrático del futuro, que la representación es una e indivisible, esto es, que no puede ser dividida en relación a los órdenes o estados en los que se dividía la sociedad del tiempo, y en su unidad e indivisibilidad está compuesta no por cuerpos separados sino por individuos aislados, que cuentan cada uno como uno, en conformidad con un principio que justifica de ahora en adelante la desconfianza de todo gobierno democrático por la representación de los intereses [30]. En el concepto de la soberanía una e indivisible de la nación estaba implícito también el principio de prohibición de mandato imperativo apoyado firmemente por Sièyes, un principio ya perfilado en el artículo 6, según el cual la ley es la expresión de la voluntad general, y formulado explícitamente en el artículo 8 del preámbulo de la Ley de 22 de diciembre de 1789, que indica: «Los representantes

nombrados para la Asamblea Nacional por departamentos deberán ser considerados no como los representantes de un departamento particular, sino como los representantes de la totalidad de los departamentos, es decir, de la nación entera.» Representación individual y no por cuerpos separados, y prohibición de mandato imperativo, eran dos institutos que concurrían a la destrucción de la sociedad por órdenes, donde, teniendo un Ordenamiento jurídico separado cada orden, los individuos no son iguales en derechos ni frente a la ley. Desde este punto de vista, la Declaración podía ser entendida, como la definió un gran historiador de la Revolución, Alphonse Aulard, como el certificado de defunción del Antiguo Régimen [31], aunque el golpe de gracia será dado sólo en el Preámbulo de la Constitución de 1791, donde escuetamente se proclamará que «no existe nobleza, ni dignidad de pares ni distinciones hereditarias, ni de órdenes ni de régimen feudal, no existen más distinciones para nigún sector de la Nación, ni para ningún individuo, ni privilegio ni excepción al Derecho común de todos los franceses» [32].

La Declaración ha sido sometida desde entonces hasta hoy a dos críticas recurrentes y opuestas: ha sido acusada de excesiva abstracción en general por parte de reaccionarios y de conservadores, y de excesivo ligamen a los intereses de una clase particular por parte de Marx y de la izquierda en general.

La acusación de abstracción ha sido repetida infinidad de veces: por otra parte, la abstracción del pensamiento iluminista es uno de los puntos clásicos de todas las corrientes antiiluministas. No voy a repetir el célebre golpe de De Maistre, el cual veía a los ingleses, alemanes, franceses y, gracias a Montesquieu, sabía que existían también los persas, pero al hombre, al hombre en general, no lo había visto nunca y si existía era sin que él lo supiera. Bastará con citar, menos conocido pero no menos drástico, un juicio de Taine según el cual la mayor parte de los artículos de la Declaración «no son más que dogmas abastractos, definiciones metafísicas, axiomas más o menos literarios, es decir, más o menos falsos, ahora vagos, ahora contradictorios, susceptibles de distintos significados y de significados opuestos..., una especie de insignia pomposa, inútil y pesada que con el riesgo de caer sobre la cabeza de los transeúntes es sacudida todos los días por manos violentas» [33]. Quien no se contente con estas no sé si llamarlas deprecaciones o imprecaciones y busque una crí-

tica filosófica deberá leer la *addenda* al parágrafo 539 de la *Enciclopedia* de Hegel, donde, además de muchas consideraciones importantes, se dice que libertad e igualdad son así no por naturaleza, ya que son «un producto y un resultado de la conciencia histórica», distintas de nación a nación [34].

Pero, ¿es verdad que los constituyentes franceses estuviesen así de poco enterados, tuviesen la cabeza en las nubes y los pies tan alejados de la tierra? A esta pregunta se ha respondido con la observación de que los derechos aparentemente abstractos eran en realidad en las intenciones de los constituyentes instrumentos de polémica política, y cada uno de ellos debía ser interpretado como la antítesis de un abuso de poder que se quería combatir, ya que los revolucionarios, como ya había dicho Mirabeau, «más que una declaración abstracta de derechos habían querido hacer un acto de guerra contra los tiranos» [35]. Si así, pues, estos derechos fueron proclamados como si fuesen escritos en una tabla de leyes fuera del tiempo y de la historia, esto era debido, como explicará Tocqueville, al hecho de que la Revolución Francesa era una revolución política que había operado como las revoluciones religiosas, que consideran al hombre en sí mismo sin detenerse sobre aquello que las leyes, las costumbres y las tradiciones de un pueblo pueden haber injertado de peculiar sobre aquel fondo común, y había operado como las revoluciones religiosas porque «parecía tender a la regeneración del género humano, más aún que a la reforma de Francia» [36]. Esta fue por otra parte la razón, según Tocqueville, por la que pudo encender pasiones que hasta entonces las revoluciones políticas, incluso las más violentas, no habían producido.

La crítica opuesta, según la cual la Declaración, antes que ser demasiado abstracta, era en cambio tan concreta e históricamente determinada como para ser en realidad no la defensa del hombre en general, que habría existido a pesar del desconocimiento del autor de las *Veladas de San Petersburgo,* sino del burgués, que existía en carne y hueso y luchaba por la emancipación de su clase contra la aristocracia y sin preocuparse demasiado de los derechos de aquellos que habían sido llamados el cuarto estado, fue hecha por el joven Marx en el artículo sobre la *Cuestión judía,* demasiado conocido para que sea necesario detenerse, y después repetida ritualmente por las distintas generaciones de marxistas. ¡Algo más que hombre abstracto y universal! El hombre

del que hablaba la Declaración era en realidad el burgués, los derechos tutelados por la Declaración eran los derechos del burgués, del hombre, explicaba Marx, egoísta, separado de los otros hombres y de la comunidad, del hombre «en cuanto mónada aislada y cerrada en sí misma» [37].

Cuáles han sido las consecuencias, que considero funestas, de esta interpretación, que confundía una cuestión de hecho, esto es, la ocasión histórica de la que la exigencia de los derechos había nacido, que era ciertamente la lucha del tercer estado contra la aristocracia, con una cuestión de principio, y veía en el hombre solamente al ciudadano y en el ciudadano solamente al burgués, es un tema sobre el que sin duda, con el juicio posterior, tenemos ideas más claras que las de nuestros antecesores. Pero estamos todavía demasiado dentro de la corriente de esta historia para poder ver dónde terminará. Me parece difícil negar que las afirmaciones de los derechos humanos, *in primis* de los de libertad o mejor de las libertades individuales, sea uno de los puntos firmes sin retorno del pensamiento político universal.

La acusación que Marx dirigía a la Declaración era la de estar inspirada en una concepción individualista de la sociedad. La acusación era justísima, pero ¿es aceptable?

Es cierto que el punto de vista en el que se sitúa la Declaración para dar una solución al eterno problema de las relaciones entre gobernantes y gobernados es el del individuo, del individuo aislado, considerado como titular del poder soberano, en cuanto que en el hipotético estado de naturaleza presocial no existe todavía ningún poder por encima de él. El poder político, o bien el poder de los individuos asociados, viene después. Es un poder que nace de una convención, el producto de una invención humana, como una máquina, y es, asimismo, según la definición de Hobbes, cuya reconstrucción racional del Estado parte con absoluto rigor de los individuos aisladamente considerados, la más ingeniosa y también la más benéfica de las máquinas, la *machina machinarum*. Este punto de vista representa el vuelco radical del punto de vista tradicional del pensamiento político, ya sea del clásico, en el que las dos metáforas predominantes para representar al poder son la del pastor (y el pueblo es el rebaño) y la del piloto, del *gubernator* (y el pueblo es la tripulación), ya sea del medieval *(omnis potestas nisi a Deo)*. De este vuelco nace el Estado moderno, primero liberal, en el que

los individuos que recobran el poder soberano son sólo una parte de la sociedad; después democrático, en el que son potencialmente todos, y por último social, en el que los individuos convertidos todos en soberanos sin distinciones de clases reivindican, además de los derechos de libertad, los derechos sociales, los cuales son también derechos del individuo: el estado de los ciudadanos, que no son ya sólo los burgueses, ni los ciudadanos de los que habla Aristóteles al comienzo del tercer libro de la *Politica,* definidos como aquellos que pueden acceder a los cargos públicos y son, apartados los esclavos y los extranjeros, incluso en una democracia, una minoría [38].

El punto de vista tradicional tenía como efecto la atribución a los individuos no de derechos, sino preferentemente de obligaciones, comenzando por la de obediencia a las leyes, es decir, a los mandatos del soberano. Los códigos morales y jurídicos han sido durante siglos, desde los Diez Mandamientos a las Doce Tablas, conjuntos de reglas imperativas que establecían en los individuos obligaciones y no derechos. Observemos una vez más, como contraste, los primeros dos artículos. Primero aparece la afirmación de que los individuos tienen derechos, después la de que el gobierno, como consecuencia de estos derechos, se obliga a garantizarlos. La relación tradicional entre derechos de los gobernantes y obligaciones de los súbditos se invierte absolutamente. Aunque en las llamadas cartas de derechos que precedieron a la de 1776 en América y a la de 1789 en Francia, de la Carta Magna al *Bill of Rights* de 1689, los derechos o las libertades no se reconocían como anteriores al poder del soberano, sino que eran concedidas y acordadas, y debían aparecer, aunque fuesen el resultado de un pacto entre individuos y soberano, como un acto unilateral de este último. Lo que equivale a decir que sin la concesión del soberano el súbdito no habría tenido nunca derecho alguno [39]. No será distinto lo que sucederá en el siglo XIX: cuando surgieron las monarquías constitucionales se dirá que las constituciones han sido *octroyées* por los soberanos: que estas constituciones fuesen la consecuencia de un conflicto entre el rey y los súbditos, concluido con un pacto, no debía cancelar la imagen sacralizada del poder, por lo cual lo que obtienen los ciudadanos es el resultado de una graciosa concesión del príncipe.

Las declaraciones de derechos fueron destinadas a derribar esta imagen. Y la derribarán poco a poco. Hoy, el concepto mis-

mo de democracia es inescindible del de los derechos humanos. Eliminad una concepción individualista de la sociedad. No lograréis justificar la democracia como forma de gobierno. ¿Qué mejor definición de la democracia que aquella según la cual en ésta los individuos, todos los individuos, tienen una parte de la soberanía?. Y ¿cómo se ha podido ajustar de forma irreversible este concepto sino invirtiendo la relación entre poder y libertad y anteponiendo la libertad al poder? Se me ha ocurrido a menudo decir que sería más correcto hablar, cuando nos refiramos a una democracia, de soberanía de los ciudadanos más que de soberanía popular. «Pueblo» es un concepto ambiguo, que utilizan también todas las dictaduras modernas. Es una abstracción a veces falsa: no está claro a cuántos individuos de los que viven en un territorio abarca el término «pueblo». Las decisiones colectivas no las toma el pueblo, sino los individuos, muchos o pocos, que lo componen. En una democracia quien toma las decisiones colectivas, directa o indirectamente, son siempre y solamente los individuos aislados en el momento en el que introducen la papeleta en la urna. Podrá parecer desagradable a quien no pueda pensar en la sociedad sino como un organismo, pero, guste o no guste, la sociedad democrática no es un cuerpo orgánico sino una suma de individuos. Si no fuese así, no habría justificación alguna para el principio de las mayorías, que es la regla fundamental de la decisión democrática. Y la mayoría es el resultado de una simple suma aritmética donde aquello que se suma son los votos de los individuos, uno por uno. Concepción individualista y concepción orgánica de la sociedad están irremediablemente enfrentadas. Resulta absurdo preguntarse cuál de ellas es la más verdadera en sentido absoluto. No es absurdo, sino absolutamente razonable, afirmar que la única verdadera para comprender y hacer comprender cuál es el significado de la democracia, es la segunda, no la primera [40].

Conviene desconfiar de quien sostiene una concepción antiindividualista de la sociedad. A través del antiindividualismo han pasado más o menos todas las doctrinas reaccionarias. Burke decía: «Los individuos desaparecen como sombras; sólo la comunidad permanece fija y estable.» De Maistre decía: «Someter al gobierno a la discusión individual significa destruirlo.» Lamennais afirmaba: «El individualismo destruyendo la idea de obediencia y del deber destruye el poder y la ley» [41]. No sería muy

difícil encontrar citas análogas por parte de la izquierda antidemocrática. Al contrario, no hay ninguna Constitución democrática, comenzando por la de la República italiana, que no presuponga la existencia de los individuos aislados que tienen derechos en cuanto tales. Y ¿cómo se podría afirmar que son «inviolables», si no se presupusiese que, axiológicamente, el individuo es superior a la sociedad de la cual forma parte?

La concepción individualista de la sociedad ha recorrido mucho camino. Los derechos humanos fueron y han continuado siendo afirmados en las constituciones de los Estados, hoy han sido reconocidos y solemnemente proclamados en el ámbito de la comunidad internacional, con una consecuencia que literalmente ha conmocionado la doctrina y la praxis del Derecho internacional: todo individuo ha sido elevado a sujeto potencial de la comunidad internacional, cuyos sujetos habían sido hasta ahora considerados los Estados soberanos [42]. De tal forma el Derecho de gentes ha sido transformado en Derecho de gentes y de los individuos, y junto al Derecho internacional como Derecho público externo, el *ius publicum europaeum*, está creciendo un nuevo Derecho que podríamos llamar, adoptando la terminología de Kant, «cosmopolita», aunque Kant lo limitaba al derecho de todo hombre a ser tratado como amigo, y no como enemigo, por donde quiera que se moviese, al derecho, así lo llamaba él, de «hospitalidad». Pero dentro de estos límites Kant veía en el Derecho cosmopolita no «una representación fantástica de mentes exaltadas», sino una de las condiciones necesarias para el logro de la paz perpetua en una época de la historia en la que «la violación del Derecho producida en un punto de la Tierra es conocida en el resto» [43].

El mismo Kant que, como he dicho al principio, había visto en el entusiasmo con el que había sido acogida la Revolución Francesa un signo de la disposición moral de la humanidad, introducía este acontecimiento extraordinario en una historia profética de la humanidad, es decir, en una historia de la que no se tienen datos ciertos pero sí se pueden obtener solamente signos premonitorios. Uno de estos signos premonitorios era precisamente, según él, el nacimiento de una «Constitución fundada sobre el Derecho natural», que permitía dar una respuesta afirmativa a la pregunta sobre «si el género humano estuviese en constante progreso hacia mejor». Decía también que el evento había

producido tal efecto en las almas como para no poder nunca ser olvidado, ya que «había revelado en la naturaleza humana una disposición y un poder para lo mejor tales que ningún político habría podido estirpar» [44]. Nosotros, llegados casi al final del siglo que ha conocido dos guerras mundiales y la era de las tiranías, y la amenaza de una guerra exterminadora, podemos también sonreír ante el optimismo de un filósofo visto en una sociedad en la que la confianza en lo imparable del progreso era casi universal. Pero, ¿podemos sostener en serio que la idea de la Constitución fundada sobre el Derecho natural haya sido olvidada? ¿No es hoy el tema de los derechos humanos, que había sido impuesto a la atención de los soberanos de la Declaración del 89, más actual que nunca? ¿No es uno de los grandes temas hacia los que, junto con los de la paz y la justicia internacional, son arrastrados irresistiblemente, de grado o a la fuerza, pueblos y gobiernos? Como las declaraciones nacionales fueron el presupuesto necesario para el nacimiento de las democracias modernas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿no es por fuerza el presupuesto de la democratización del sistema internacional, del cual dependen el final del sistema tradicional del equilibrio, en el que la paz es siempre una tregua entre dos guerras, y el inicio de una era de paz estable que no tenga nunca más a la guerra como alternativa?

Reconozco que afirmaciones de este género se pueden hacer solamente en el ámbito de la historia profética de la que hablaba Kant y, por consiguiente, de una historia cuyas anticipaciones no tienen la certeza de las previsiones científicas (pero, por otro lado, ¿son posibles las previsiones científicas en la historia humana?). Reconozco también que desafortunadamente ha sucedido la mayor parte de las veces que los profetas de catástrofes no han sido creídos, y los sucesos por ellos anunciados sí han sido vertificados, mientras los profetas de tiempos felices han sido por lo general creídos y los eventos por ellos anunciados no han sido verificados. ¿Por qué no podría suceder de una vez que el profeta de catástrofes errase y el que prevé tiempos felices tuviese razón?

NOTAS AL CAPITULO VIII

[1] G. Lefebvre, *La rivoluzione francese,* trad. P. Serini, Einaudi, Turín, 1958, pág. 162. Uno de los mayores historiadores vivos de la Revolución Francesa, François Furet, después de haber reconocido que «la referencia al 89 ha desaparecido de la política francesa», admite que esto deriva del hecho de que «el debate se ha trasladado de la revolución del pasado a la del futuro, para la que la Revolución Francesa no es solamente la República, sino también una ilimitada promesa de igualdad, y para restituirla su encanto basta con considerarla, en vez de una institución nacional, una matriz de la historia universal» *(Critica della rivoluzione francese,* Laterza, Bari, 1980, pág. 9). [*Vid.* la versión castellana de Arturo Firpo, *Pensar la Revolución Francesa,* Petrel, Barcelona, 1980; y la de Luis Liria, *La Revolución Francesa,* Rialp, Madrid, 1988.]

[2] A. de Tocqueville, «L'ancien régime et la révolution», en *Oeuvres complètes,* tomo II, París, 1952, pág. 72 (trad. italiana, *Scritti politici,* preparada por N. Matteucci, Utet, Turín, 1969, vol. I, pág. 598). [Hay traducción castellana de D. Sánchez de Aleu, *El Antiguo Régimen y la Revolución,* Alianza Editorial, Madrid, 1982.]

[3] Léase la voz *Enthousiasme* en el *Dictionnaire philosophique,* donde se contrapone el entusiasmo a la razón porque, mientras la razón presenta siempre las cosas como son, el entusiasmo es como el vino «qui peut exciter tant de tumultes dans les vaisseaux sanguins et de si violentes vibrations dans les nerfs, que la raison en est tout-à-fait détruite». [Hay traducción castellana de Antonio G. Valiente, *Diccionario Filosófico,* Manuel Tamayo Daimon, Barcelona, 1977.] Pero Voltaire había sido precedido, como es notorio, por Locke, que a la crítica del entusiasmo dedica un capítulo del *Saggio sulla intelligenza umana,* IV, 19. [Hay traducción castellana de L. Rodríguez Aranda, *Ensayo sobre el entendimiento humano,* Aguilar, Madrid, 1987.] La historia del concepto de entusiasmo merecería otro desarrollo, pero baste llamar la atención sobre la voz *Entusiasmo* del *Dizionario di filosofia* de N. Abbagnano, Utet, Turín, 1961, continuamente reimpreso.

[4] I. Kant, «Se il genere umano sia in costante progresso verso il meglio (1798)», en *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto,* trad. de G. Solari y G. Vidari, Utet, Turín, 1956, pág. 219. [Hay traducción al castellano de E. Imaz, «Si el género humano se halla en constante progreso hacia mejor», en Kant, *Filosofía de la Historia,* Fondo de Cultura Económica, México, 1981.] Sobre el complejo tema de la relación entre Kant y la revolución en general y la Revolución Francesa en especial, reenvío a mi *Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant,* Giappichelli, Turín, 1969, págs. 255 y sigs.

[5] I. Kant, «Per la pace perpetua (1795)», en *Scritti politici,* cit., pág. 152. [Hay traducción castellana de F. Rivera Pastor, Austral, 6.ª ed., Madrid, 1979.] Sobre la teoría de la libertad en Kant reenvío a mi «Kant e le due libertà», en N. Bobbio, *Da Hobbes a Kant,* Morano, Nápoles, 1965, págs. 147-63. [Hay traducción castellana de Juan C. Bayón, N. Bobbio, *Estudios de Historia de la Filosofía: De Hobbes a Gramsci,* con estudio preliminar de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1985.]

[6] J. J. Rousseau, *Contratto sociale,* I, 8. [Hay versión castellana de F. de los Ríos, con prólogo de M. Tuñón de Lara, en Espasa-Calpe, Madrid, 1981.]

[7] Estas celebérrimas expresiones se encuentran en el último capítulo de las *Lezioni sulla filosofia della storia,* titulado «La rivoluzione francese e le sue conseguenze». [Hay traducción castellana de José María Quintana Cabañas, *Lecciones de Filosofía de la Historia,* PPU, Barcelona, 1989.] Sobre el tema puede verse el notable trabajo de J. Ritter, «Hegel und die französische Revolution» (1956), en *Metaphysik und Politik. Studien zu Aristoteles und Hegel,* Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1969, págs. 183-233. Del trabajo existe una traducción italiana, *Hegel e la rivoluzione francese,* con prefacio de G. Calabrò, Guida, Nápoles, 1970. Véase también R. Racinaro, *Rivoluzione e società civile in Hegel,* Guida, Nápoles, 1972.

[8] De esta obra existe hoy una traducción italiana a cargo de T. Magri: Th. Paine, *I diritti dell'uomo,* Editori Riuniti, Roma, 1978. [Hay varias traducciones al castellano: de J. A. Fontanille, en Aguilar, Madrid, 1954; de Agustín Jiménez, en Doncel, Madrid, 1976, y de Fernando Santos Fontenla, en Alianza, Madrid, 1984.]

[9] E. Burke, *Reflections on the Revolution in France* (1790), que cito de la edición italiana a cargo de A. Martelloni, Utet, Turín, 1963. La selección citada se encuentra en la pág. 256. [Hay traducción castellana del original de E. Tierno Galván, *Reflexiones sobre la Revolución Francesa,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978. Hay otra versión de Esteban Pujals, en Rialp, Madrid, 1989.] Recientemente sobre Burke, con particular referencia a las *Riflessioni, vid.* G. Tamagnini, *Un giusnaturalismo ineguale. Studio su Edmund Burke,* Giuffré, Milán, 1988.

[10] Burke, *Reflections,* cit., pág. 257.

[11] *Ibid.*

[12] Paine, *I diritti dell'uomo,* cit., pág. 145. El paso de los derechos naturales a los derechos civiles es explicado por Paine de este modo: como quiera que los hombres no están en grado de conservar todos los derechos que tienen por naturaleza en cuanto no tienen el poder, renuncian a aquellos derechos que sólo la constitución de un poder común permite conservar. Literalmente: «Los derechos naturales que no son conservados son todos aquellos en los que, aunque el derecho sea perfecto en el individuo, el poder de convertirlo en acto es insuficiente» (pág. 146). La inspiración lockiana de este fragmento es evidente: el paso del estado de naturaleza al estado civil se produce, según Locke, a través de la renuncia que los individuos hacen, son obligados a hacer, de algunos derechos naturales. La renuncia puede ser más o menos amplia: en el modelo lockiano es muy limitada, ya que el único derecho natural al que es necesario renunciar para entrar en el estado civil es el de la autodefensa. Y similarmente se expresa Paine, el cual, después de haber dicho que el hombre tiene en el estado de naturaleza el poder de juzgar, reconoce que no teniendo el poder de hacerlo valer por sí solo, lo «vierte en el fondo común de la sociedad, y se sirve del brazo de esta última, del cual es parte, en sustitución y como añadido del suyo propio» (pág. 146).

[13] Al comienzo de la obra precedente, *Common sense* (1776), Paine había expresado incisivamente el contraste entre la sociedad buena y el estado malvado, con una contraposición que alcanzaría un lugar común en las concepciones del «estado mínimo»: «La sociedad es producto de nuestras necesidades, el gobierno, de nuestra perversidad; la primera promueve nuestra felicidad positivamente uniendo en conjunto nuestros afectos, el segundo negativamente poniendo freno a nuestros vicios» (de la traducción italiana contenida en el mismo vo-

lumen citado arriba, *I diritti dell'uomo,* preparada por T. Magri, pág. 69). [Hay traducción al castellano de R. Soriano y E. Bocardo, *El sentido común y otros escritos,* Tecnos, Madrid, 1990.]

[14] Se trata de la obra *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrecht* (1896), que suscitó un vasto debate; sobre él véase G. Lefebvre, *La rivoluzione francese,* cit., pág. 758. En realidad los textos americanos fueron bastante conocidos, sobre todo a través de La Fayette. (De la obra de Jellinek hay traducción castellana de Adolfo Posada, respecto a la segunda edición del volumen publicada en Leipzig en 1904, *La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Estudio de historia constitucional moderna,* Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1908. El texto, junto con su polémica, puede encontrarse también en la edición de Jesús González Amuchastegui, *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano,* Editorial Nacional, Madrid, 1984.)

[15] Entre los innumerables pasajes de Kant, que se podrían citar para mostrar su aversión al Estado paternalista, aquel que se atribuye la tarea de hacer felices a los súbditos, elijo el siguiente por su precisión y perentoriedad: «Un gobierno fundado sobre el principio de la benevolencia hacia el pueblo, como el gobierno de un padre hacia sus hijos, esto es un gobierno paternalista *(imperium paternale)* en el que los súbditos, como hijos menores que no pueden distinguir aquello que les es útil o dañoso, son constreñidos a comportarse pasivamente, esperando que el jefe del Estado juzgue de qué modo deben ser felices, es el peor despotismo que se pueda imaginar». [Sobre el dicho común, *Questo puè essere giusto in teoria ma non vale per la pratica* (1793), en *Scritti politici,* cit., pág. 255.] [Hay traducción castellana de este pasaje de J. M. Palacios, M. F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, en Kant, *Teoría y Práctica,* Tecnos, Madrid, 1986.] Sobre el tema es fundamental G. J. Schochet, *Patriarchalism in Political Thought,* Oxford University Press, Oxford, 1975. Del mismo autor «Patriarchalism, Naturalism and the Rise of the Conventional State», en *Materiali per una storia della cultura giuridica,* XIV (1984), 2, págs. 223-37, que concluye así: «La desaparición de la familia en el pensamiento político angloamericano de hace más de dos siglos tiene que ponerse indudablemente en relación con el triunfo de la rígida y presumiblemente liberal distinción entre lo público y lo privado y la consiguiente exclusión de la esfera privada, incluida la familia, del discurso político» (pág. 335). Véase también E. Diciotti, «Paternalismo», en *Materiali per una storia della cultura giuridica,* XVI (1986), 2, págs. 557-86, que cita la definición de paternalismo dada por Dworkin, recordatoria de la de Kant: «Entenderé aproximadamente por parternalismo la interferencia en la libertad de actuar de una persona justificada por motivos referibles exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, intereses o valores de la persona sujeta a constricción» (pág. 560).

[16] Citado por A. Saitta, *Costituenti e costituzioni della Francia moderna,* Einaudi, Turín, 1952, pág. 39.

[17] A. Manzoni, «La rivoluzione francese del 1789 e la rivoluzione italiana del 1859», en *Tutte le opere di Alessandro Manzoni,* Barbera, Florencia, 1928, pág. III0b. La comparación, por otro lado, no es del todo correcta porque, como fue ya puesto de manifiesto por G. Del Vecchio, «La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1903)», en *Contributi alla storia del pensiero giuridico e filosofico,* Giuffré, Milán, 1963, pág. 141-216, Manzoni conocía sólo el texto de la Constitución americana pero no los textos de las declaraciones de derechos de los Estados americanos que la habían precedido (pág. 188). [Hay traducción

castellana de la obra de Del Vecchio, recogida en su libro *Persona, Estado y Derecho,* con prólogo de M. Fraga, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.] La misma observación fue repetida algunos años más tarde por F. Ruffini, *I diritti di libertà,* Gobetti editori, Turín, 1926, págs. 84-85, en donde llega a la brusca conclusión: «Su contraposición (la de Manzoni) no rige.» Sobre el tema véase L. Mannori, «Manzoni e il fenomeno rivoluzionario», en *Quaderni fiorentini,* XV (1986), págs. 7-106.

[18] A. Manzoni, *La Rivoluzione francese,* cit., pág. III4.

[19] El fragmento es tomado de la obra *Zur Geschichte der Religion und Philosophie in Deutschland* (1834), que cito por V. Verra, *La Rivoluzione francese nel pensiero tedesco contemporaneo,* Edizioni di Filosofia, Turín, 1969, pág. 3.

[20] G. Mazzini, «Dell'iniziativa rivoluzionaria in Europa» (1834), en *Scritti editi e inediti,* Milán, 1863, V, pág. 67. Esta invocación pertenece a uno de sus escritos juveniles. Mazzini, como se sabe, pensaba que la Revolución Francesa había destruido justamente una sociedad vieja e injusta, pero debía ser completada por una nueva revolución que contrapusiese a la edad del individuo la edad de la asociación, a la Declaración de derechos la Declaración de deberes.

[21] C. Rosselli, *Socialismo liberale,* Einaudi, Turín, 1979, pág. 90. El núcleo de la doctrina del socialismo liberal consistía en la convicción de que la futura revolución socialista sería no la antítesis sino el desarrollo necesario de la Revolución del 89. Rosselli se había inspirado en las ideas de uno de sus maestros, Rodolfo Mondolfo, el cual a principios de siglo había escrito un ensayo, «Dalla Dichiarazione dei diritti al Manifesto dei Comunisti», en el que había mostrado la continuidad antes que la discontinuidad entre los dos textos [en *Critica sociale,* XVI (1906), págs. 232-35, 329-32, 347-50].

[22] Mientras estaba escribiendo estas páginas, he recibido el libro de G. Tamagnini, *Rivoluzione francese e diritto dell'uomo: alcuni pro e alcuni contro,* Macchi, Modena, 1988. Los adversarios a los que el autor se refiere son especialmente Burke y Bentham. Pero a diferencia de la crítica de Burke que era principalmente política, la de Bentham fue principalmente filosófica, en cuanto negaba, desde un punto de vista que sería llamado después como positivismo jurídico, que el individuo pudiese tener derechos que no fueran conferidos por el Estado, y, por tanto, acusaba de error a los constituyentes franceses. La violentísima diatriba benthamita contra las declaraciones de derechos; está contenida en las *Anarchical Fallacies,* que fueron conocidas en Europa a través de la traducción francesa de E. Dumont (1816). Para un examen y crítica de este texto véase M. A. Cattaneo, *Il positivismo giuridico inglese,* Giuffré, Milán, 1962, págs. 150 y sigs.

[23] F. Nietzsche, *Frammenti postumi (1880-88),* vol. VIII, tomo II de las *Opere di Friedrich Nietzsche,* Adelphi, Milán, 1971, pág. 59. Esta invectiva contra los principios del 89 se repite de igual manera en toda la obra de Nietzsche con la crítica del pensamiento de Rousseau por su igualitarismo y con el desprecio de la democracia y del socialismo.

[24] G. Papini-G. Prezzolini, *Vecchio e nuovo nazionalismo,* Studio editoriale lombardo, Milán, 1914, pág. 9. Para otros edificantes fragmentos de esta naturaleza envío a mi escrito «L'ideologia del fascismo» (1975), en *Il fascismo. Antologia di scritti critici,* preparada por C. Casucci, Edizioni del Mulino, Bolonia, 1982, págs. 598-624.

[25] J. Locke, *The Second Treatise of Government,* II, I (ed. crítica a cargo de P. Leslett, Cambridge University Press, 1960, pág. 287, trad. italiana a cargo de

L. Pareyson, Utet, Turín, 1982, pág. 229). [Hay traducción castellana de A. Lázaro Ros, *Ensayo sobre el Gobierno Civil,* Aguilar, Madrid, 1980.]

[26] Th. Hobbes, XII, 7. Es necesario también subrayar que la defensa de la propiedad como derecho individual natural tenía como blanco bien preciso la propiedad feudal, cuya condena fue proclamada solemnemente en la noche del 4 de agosto, en el mismo día en el que era aprobada la propuesta de la Declaración. Sobre la relación entre la afirmación de la propiedad burguesa y la condena de la propiedad feudal llama la atención G. Solari, *Individualismo e diritto privato* (1911), Giappichelli, Turín, 1959, pág. 141. [Hay versión castellana: *Filosofía del Derecho Privado. Tomo I: La idea individual,* De palma, Buenos Aires, 1946.]

[27] J. Locke, *The Second Treatise,* cit., pág. 222 (ed. inglesa cit., pág. 430; ed. italiana cit., pág. 393).

[28] I. Kant, «La dottrina del diritto. II. Il diritto pubblico» (1786), en *Scritti politici,* cit., pág. 508. [Puede consultarse la versión castellana de *La metafísica de las costumbres,* de A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid, 1989, donde se contiene esta parte.]

[29] G. Lefèbvre, *L'Ottantanove,* Einaudi, Turín, 1949, pág. 191. [Hay traducción castellana de Rosa Bueno, *Mil setecientos ochenta y nueve: La Revolución Francesa,* Laia, Barcelona, 1982.]

[30] Para una cuidadosa narración de estos debates véase P. Violante, *Lo spazio della rappresentanza. I. Francia (1788-89),* Palermo, 1981.

[31] Citado por Lefebvre, *L'Ottantanove,* cit., pág. 187.

[32] Sobre la sociedad de órdenes y sus distintos tipos véase R. Moussnier, *Le gerarchie sociali, dal 1450 ai giorni nostri,* preparado por E. Rotelli, Vita e pensiero, Milán, 1971.

[33] H. A. Taine, *Les origines de la France contemporaine. La Révolution, l'anarchie,* pág. 273, citado por G. del Vecchio, *La Dichiarazione dei diritti,* cit., pág. 180. La obra de Del Vecchio contiene una amplia reseña de juicio sobre la Declaración, aún hoy de útil consulta.

[34] En cuanto estas dos categorías —escribe Hegel— de la libertad y de la igualdad son mantenidas en la forma de la abstracción, como es la que deriva de su consideración como derechos naturales anteriores al Estado, «son precisamente por eso por lo que no dejan surgir o destruyen la concreción; es decir, la organización del Estado, una Constitución o un gobierno en general». Nótese que estas afirmaciones acompañan como complemento al parágrafo en el que Hegel define el Estado como «totalidad organizada» y la Constitución como «organización del poder del Estado». Se trata, como puede observarse, de una concepción netamente antiindividualista, y por eso mismo también anticontractualista del Estado, sobre la que me he detenido más ampliamente en el escrito «La costituzione in Hegel», en *Studi hegeliani,* Einaudi, Turín, 1981, págs. 69-83.

[35] Esta crítica a la crítica de la abstracción había sido hecha ya por P. Janet en la Introducción a la 3.ª edición de su célebre *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale,* París, 1887, titulada «Les Déclarations des droits en Amérique et en France», y ha sido otras veces repetida. Además se encuentra en G. de Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo,* 2.ª edición, Laterza, Bari, pág. 72: «El tono de la Declaración es aparentemente abstracto; pero quien mire con ojos de historiador las concretas libertades enumeradas advierte fácilmente que cada una de ellas representa una antítesis polémica contra un aspecto determinado de la sociedad y del Estado de aquel tiempo.»

[36] A. de Tocqueville, *L'ancien régime et la révolution,* cit., pág. 89 (trad. ita-

liana, pág. 619). Esta afirmación de Tocqueville parece recordar el himno que Paine había elevado a la Revolución cuando había escrito que la escena aparecida en el mundo con la Revolución Francesa era «de tal manera nueva e inigualable» que el nombre de revolución parecía disminuirlo mereciendo más bien el de «regeneración del hombre» *(I diritti dell'uomo,* cit., pág. 189).

[37] K. Marx, «La questione ebraica», en *Scritti politici giovanili,* Einaudi, Turín, 1950, pág. 377. [Hay versión castellana en K. Marx-A. Ruge, *Los anales franco-alemanes,* Martínez Roca, Barcelona, 1970.] La crítica al individualismo de la Declaración no es sólo de Marx, sino que ocupa un lugar común en la historiografía de la izquierda (y desde un punto de vista opuesto pero con igual resultado, también de la extrema derecha). En *La gauche et la révolution au milieu du XIX siècle* (Hachette, París, 1986) Furet recuerda que para Burchez (autor de una *Histoire parlamentaire de la Révolution francaise,* 1834-48) los derechos del hombre han sido el gran error de la Revolución por la ineptitud de estos principios para la construcción de una comunidad, en cuanto contemplan a los individuos definidos en sus esferas particulares (págs. 16 y 19).

[38] Aristóteles, *Politica,* 1275 a.

[39] Para una amplia antología de las cartas de derechos antes y después de la Revolución Francesa, véase *Derecho positivo de los derechos humanos,* edición a cargo de G. Peces-Barba, director del Instituto de Derechos Humanos de Madrid, Debate, Madrid, 1987.

[40] Me he detenido más extensamente sobre este argumento en «La democrazia dei moderni paragonata a quella degli antichi (e a quella dei posteri)», en *Teoria Politica,* III, núm. 3, págs. 3-17.

[41] Obtengo estas citas de S. Lukes, *Individualism,* Blackwell, Oxford, 1985, págs. 3-5. Este libro es una útil colección de materiales para quien quiera tener una información general sobre el tema del individualismo, del que el autor distingue varios aspectos, político, económico, religioso, ético, etc., en contraposición al holismo.

[42] Sobre el tema de los derechos humanos desde el punto de vista internacional véase el reciente volumen de A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo,* Laterza, Bari, 1988. [Hay versión castellana de A. Pentimalli y B. Ribera de Madariaga, Ariel, Madrid, 1971.]

[43] I. Kant, *Per la pace perpetua,* preparado por N. Merker, con introducción de N. Bobbio, Edizioni Parallelo 38, Roma, 1985, pág. 19. Véase M. Sena, *Etica e cosmopolitismo in Kant,* Editori Riuniti, Nápoles, 1976, donde se llama la atención sobre un pasaje de la *Antropología filosófica* de Kant, en el que el cosmopolitismo es considerado como el principio supremo regulador del género humano (pág. 270). Sobre este aspecto el texto fundamental de Kant es «Idea di una storia universale dal punto di vista cosmopolitico (1784)», en *Scritti politici,* cit., págs. 123-39. [Hay traducción castellana en *Filosofía de la Historia,* ya citado.] Sobre este tema reenvío a las consideraciones de D. Archibugi de próxima publicación en *Lettera internazionale,* V, núm. 22, otoño de 1989, que ponen de relieve la novedad del kantiano «Derecho cosmopolita».

[44] I. Kant, «Se il genere umano sia in costante progresso verso il meglio», en *Scritti politici,* cit., pág. 222.

IX

La herencia de la Gran Revolución

Con la Revolución Francesa entró prepotentemente en las imaginaciones de los hombres la idea de un evento político extraordinario que, rompiendo la continuidad del curso histórico, señala el final de una época y el principio de otra. Dos datos, muy cercanos a nosotros, pueden ser elevados a símbolo de estos dos momentos: el 4 de agosto de 1789, la renuncia de los nobles a sus privilegios señala el final del régimen feudal; el 26 de agosto la aprobación de la Declaración de Derechos del Hombre señala el principio de una nueva era. Que una cosa sea el símbolo y otra la realidad de los hechos investigados en cada momento por los historiadores cada vez más exigentes, no vale la pena subrayar por ser evidente. Pero la fuerza del símbolo, me refiero en particular al tema de mi discurso, no ha disminuido con los años.

De hecho, la Declaración del 26 de agosto había sido precedida algunos años antes por las declaraciones de derechos por los *Bill of Rights* de algunas colonias americanas en lucha contra la madre patria. La comparación entre las dos revoluciones y las respectivas enunciaciones de los derechos fundamentales es un tema ritual, que comprende tanto un juicio de hecho sobre la relación entre los dos eventos cuanto un juicio de valor sobre la superioridad moral y política de uno sobre el otro. Respecto a las dos revoluciones la diversidad es tal que muchas disquisiciones sobre sus afinidades y diferencias parecen a menudo meros ejercicios académicos, y, aún peor, las disputas sobre la superioridad de la una sobre la otra están demasiado condicionadas ideológicamente como para ser tomadas muy en serio. No se puede útilmente comparar una guerra de independencia (una guerra de liberación, diríamos hoy) de un pueblo que se propone dar una Constitución política construida a imagen y semejanza de la de la madre patria (la república presidencial está, como se sabe, inspirada sobre el modelo de la monarquía constitucional) con la destrucción de un régimen político y de un orden social a sustituir por uno completamente distinto, ya sea respecto a la relación entre gobernantes y gobernados, ya sea respecto al dominio de clase. Más sensato, o menos arbitrario, es en cambio la comparación de las declaraciones, con tal de que no sea planteada en términos perentorios como lo fue a finales del siglo pasado en la polémica entre el gran jurista Georg Jellinek, que sostenía puntillosamente la derivación de la declaración francesa de la americana, y Emile Boutmy, que otro tanto puntillosamente le contestó, sosteniendo, entre otras cosas, que los constituyentes franceses tenían escaso conocimiento de los precedentes del otro océano, haciendo una afirmación desmentida por los hechos.

Que «el ejemplo americano había desempeñado un papel decisivo en la elaboración de la declaración francesa» es sostenido últimamente una vez más por el autor del amplio artículo sobre «Droits de l'homme» en el *Dictionnaire critique de la Révolution française,* aparecido en 1988. Pero es necesario distinguir primero el contenido de la declaración de la idea misma de una declaración que precediese a la Constitución. En cuanto al contenido, se puede discutir; en cuanto a la idea, la influencia determinante de la declaración americana es indiscutible. Quien presen-

tó en primer lugar un proyecto de declaración fue La Fayette, héroe de la independencia americana, con un texto elaborado «bajo la mirada y con los consejos» de Jefferson, entonces embajador de los Estados Unidos en París. Los constituyentes no sólo conocen el modelo americano, sino, como observa Gouchet, se colocan respecto al proyecto de declaración según lo que pensaban en las declaraciones precedentes. Un *monarchien,* intendente de finanzas de la Baja Auvernia, Pierre Victor Malouet, argumenta su propio parecer contrario afirmando que, mientras que un pueblo nuevo como el americano estaba dispuesto a recibir «la libertad con toda su energía», un pueblo como el francés compuesto de una multitud inmensa de súbditos sin propiedad esperaba del gobierno «más la seguridad del trabajo, aun haciéndoles, sin embargo, dependientes, que la libertad».

Respecto al contenido de los dos textos, no obstante las diferencias muchas veces resaltadas, de las que la más evidente es la referencia en la Declaración francesa a la «voluntad general» como titular del poder legislativo (art. 6), de neta inspiración roussoniana, hay que reconocer sus orígenes comunes en la tradición del Derecho natural, más determinantes, a mi parecer, en la Declaración francesa que en la del autor del *Contrato Social.* El punto de partida común es la afirmación de que el hombre tiene derechos naturales que en cuanto naturales son anteriores a la institución del poder civil y deben, por tanto, ser por esto reconocidos, respetados y protegidos. El artículo 2 los define «imprescriptibles», queriendo decir que, a diferencia de los derechos surgidos históricamente y reconocidos por las leyes civiles, no se pierden ni siquiera por los pueblos que no los hayan ejercido durante un largo período de tiempo, *ab immemorabili.* El primer crítico severo de la Revolución Francesa, Edmund Burke, sostendrá, precisamente cuando las noticias de la revolución parisina llegaron a Inglaterra, la célebre tesis de la prescripción histórica, según la cual los derechos de los ingleses reciben su fuerza no por ser naturales, sino por estar afirmados a través de una larga costumbre de libertad, desconocida en la mayor parte de los otros pueblos. A diferencia de la teoría de la prescripción histórica la tesis de la imprescriptibilidad tiene conscientemente, intencionalmente, un valor revolucionario.

En general, la afirmación de que el hombre en cuanto tal, fuera y antes de la formación de todo grupo social, tiene derechos

originarios representa un auténtico giro tanto en la teoría como en la praxis política que merece ser brevemente ilustrado.

La relación política, o mejor la relación entre gobernantes y gobernadores, entre dominantes y dominados, entre el príncipe y el pueblo, entre soberano y súbdito, entre Estado y ciudadanos, es un relación de poder que puede asumir tres direcciones según sea considerada como relación de poder recíproco, o del primero de los sujetos sobre el segundo o del segundo sobre el primero. Tradicionalmente, sea en el pensamiento político clásico, sea en el pensamiento medieval mayoritario, la relación política ha sido considerada como una relación desigual, en la que uno de los dos sujetos está en alto, el otro en bajo, y aquello que está en alto es el gobernante respecto al gobernado, el dominador respecto al dominado, el príncipe respecto al pueblo, el soberano respecto a los súbditos, el Estado respecto a los ciudadanos. En los términos del lenguaje político la *potestas* viene antes que la *libertas,* en el sentido de que la esfera de la libertad reservada a los individuos es aquella concedida graciosamente por los detentadores del poder. En términos hobbesianos, la *lex,* entendida como el mandato del soberano, viene antes que el *ius,* en el sentido de que el *ius,* o bien el derecho del individuo, coincide pura y simplemente con el *silentium legis.* Es doctrina jurídica tradicional que el Derecho público puede regular el Derecho privado, mientras que el Derecho privado no puede derogar al Derecho público.

La representación del poder político se ha producido a través de las metáforas que iluminan bien este punto de vista: si el gobernante es el pastor (recuérdese la disputa entre Sócrates y Trasímaco sobre este tema), los gobernados son el rebaño (la oposición entre la moral de los señores y la moral del rebaño llega hasta Nietzsche); si el gobernante es el piloto, o *gubernator,* el pueblo es la tripulación que debe obedecer y, cuando no obedece y se rebela y cree poder prescindir de la guía experta del comandante, como se lee en un famoso pasaje de la *República* de Platón, la nave está destinada a hundirse; si el gobernante es el padre (la representación del Estado como una gran familia y, por consiguiente, del soberano como padre de su pueblo es una de las más comunes en toda la literatura política, antigua y moderna), los súbditos son comparados con los hijos que deben obedecer a los mandatos del padre, porque no han alcanzado toda-

vía la edad de la razón y no pueden regular por sí mismos sus propias acciones. De las tres metáforas, esta última es la más resistente. Recuérdese la crítica concreta de Locke contra el *Patriarca* de Filmer, por el que el poder de gobernar desciende directamente de los antiguos patriarcas, y aquella clarividente de Kant contra toda forma de Estado paternalista, que considera a los súbditos como eternos menores de edad que deben ser guiados independientemente de su voluntad hacia una vida sana, próspera, buena y feliz. Pero tanto Locke como Kant son dos iusnaturalistas, o bien dos pensadores que han realizado ya aquel cambio de perspectiva, queriendo usar una famosa expresión del mismo Kant, si bien usada por Kant en otro contexto, la «revolución copernicana», por la que la relación política es considerada no ya *ex parte principis,* sino *ex parte civium.*

Para que pudiese producirse esta inversión del punto de vista, de la que nace el pensamiento político moderno, era necesario que fuese abandonada la teoría tradicional que en otra ocasión he definido como modelo aristotélico, según la cual el hombre es un animal político que nace en un grupo social, la familia, y perfecciona su propia naturaleza en un grupo social superior, por sí mismo autosuficiente, que es la *polis,* y se considerase, si bien con una hipótesis racional que no tenía en cuenta, intencionalmente, el origen histórico de la sociedad humana, al individuo por sí mismo, fuera de todo vínculo social y con mayor razón político, en un estado, como el estado de naturaleza, en el cual no hay todavía constituido poder alguno superior a los individuos y no existen leyes positivas que impongan esta o aquella acción y, por tanto, es un estado de perfecta, aunque sea hipotética, libertad e igualdad. Era necesario que se presupusiese la existencia de un estado anterior a toda forma organizada de sociedad, un estado originario, que por su originalidad debiese ser considerado como el lugar de nacimiento y el fundamento del estado civil, no ya un estado natural como la familia u otro grupo social, sino artificial, conscientemente, intencionalmente, construido por la unión voluntaria de los individuos naturales.

Sintéticamente, desde que los individuos eran considerados como miembros originarios de un grupo social natural, como la familia que era un grupo organizado jerárquicamente, no nacían ni libres, ya que estaban bajo la autoridad paterna, ni iguales, porque la relación entre padres e hijos es una relación entre su-

perior e inferior. Sólo con la hipótesis de un estado originario sin sociedad ni estado, en el que los hombres viven sin otras leyes que las leyes naturales que no son impuestas por una autoridad externa sino que son obedecidas en conciencia, se puede sostener el audaz principio contraintuitivo y claramente antihistórico de que los hombres nacen libres e iguales, como se lee en las palabras con las que la Declaración inicia solemnemente: «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos», palabras que serán repetidas tal cual, un siglo y medio después, en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: «Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.» En realidad los hombres no nacen ni libres ni iguales. Que los hombres nazcan libres e iguales es una exigencia de la razón, no es una constatación de hecho ni un dato histórico. Es una hipótesis que permite invertir radicalmente la concepción tradicional según la cual el poder político, el poder sobre los hombres llamado *imperium,* procede de arriba a abajo y no viceversa. Según el mismo Locke, esta hipótesis debía servir para «entender bien el poder político y derivarlo de sus orígenes». Y era, se entiende, un origen ideal y no histórico.

Cómo se ha llegado a este vuelco de perspectiva, sólo cabezas privilegiadas lo pueden esclarecer, y quizá sólo para plantear hipótesis más que para aclarar de forma exhaustiva. Se trataría nada menos que de dar cuenta del nacimiento de la concepción individualista de la sociedad y de la historia que es la antítesis radical de la concepción organicista, según la cual, repitiendo una afirmación de Aristóteles, que será recogida por Hegel, el todo (la sociedad) es anterior a sus partes. Derribando esta relación entre el todo y las partes, según la concepción individualista de la sociedad y de la historia, el individuo viene antes, la sociedad viene después. La sociedad está para el individuo no el individuo para la sociedad. También este principio se encuentra solemnemente afirmado en la Declaración en el artículo 2, donde se enuncian los cuatro derechos naturales que el hombre posee originariamente, y se afirma contextualmente que «el fin de toda asociación política es la conservación» de estos derechos. En una concepción orgánica de la sociedad el fin de la organización política es la conservación del todo. No hay sitio en ella para derechos que no sólo la preceden sino que pretenden sin más permanecer fuera, antes que someterla a las propias exigen-

cias. La misma expresión «asociación política» es totalmente extraña al lenguaje del organicismo: «asociación» se dice de una formación social voluntaria, derivada de un acuerdo. Aunque la expresión «contrato social» no aparezca en la Declaración, la palabra «asociación» lo presupone. En una concepción orgánica de la sociedad las partes están en función del todo; en una concepción individualista el todo es el resultado de la libre voluntad de las partes.

No será nunca suficientemente subrayada la importancia histórica de este giro. De la concepción individualista de la sociedad nace la democracia moderna (la democracia en el sentido moderno de la palabra), que debe ser correctamente definida no como venía definida por los antiguos, el «poder del pueblo», sino como el poder de los individuos tomados uno a uno, de todos los individuos que componen una sociedad regida por algunas reglas esenciales entre las que está aquella fundamental que atribuye a cada uno, a la vez que a los demás, el derecho a participar libremente en la toma de decisiones colectivas, o bien de las decisiones vinculantes para toda la colectividad.

La democracia moderna reposa sobre la soberanía no del pueblo, sino de los ciudadanos. El pueblo es una abstracción que ha sido usada a menudo para cubrir una realidad muy diversa. Se ha dicho que después del nazismo la palabra *Volk* se ha convertido en impronunciable. ¿Y quien no recuerda que el órgano oficial del régimen fascista se llamaba *El Pueblo de Italia*? No querría ser mal interpretado, pero también la palabra *peuple* después del abuso que de ella se hace durante la Revolución Francesa se ha convertido en sospechosa: el pueblo de París derriba la Bastilla, realiza los estragos de septiembre, juzga y ajusticia al rey. Pero, ¿qué tiene que ver este pueblo con los ciudadanos de una democracia contemporánea? La misma equivocación se escondía en el concepto de *populus romanus* o en el de pueblo de las ciudades medievales, que imponía entre otras la distinción entre *popolo grasso* y vulgo. A medida que la democracia real se ha ido desarrollando, la palabra «pueblo» se ha vuelto cada vez más vacía y retórica, aunque nuestra Constitución, también ella, enuncia el principio de que «la soberanía pertenece al pueblo». En una democracia moderna quien toma las decisiones colectivas, directa o indirectamente, son siempre y solamente los ciudadanos *uti singuli,* en el momento en el que meten la pape-

leta en la urna. No es un cuerpo colectivo. Si no fuese así, no habría justificación alguna para la regla de las mayorías, que es la regla fundamental del gobierno democrático. La mayoría es el resultado de una suma aritmética donde aquello que se suma son los votos de los individuos aislados, de aquellos que la ficción de un Estado de naturaleza prepolítico ha permitido concebir como dotados de derechos originarios, entre los cuales está el de determinar con su libre voluntad las leyes que les afectan.

Eliminad la concepción individualista de la sociedad. No conseguiréis justificar la democracia como una forma de gobierno. A través de las distintas doctrinas antiindividualistas han pasado todas las doctrinas reaccionarias. Se lee en Edmund Burke: «Los individuos desaparecen como sombras; sólo la sociedad permanece fija y estable.» De Maistre declara perentoriamente: «Someter al gobierno a la discusión individual significa destruirlo.» Lamennais de la misma manera afirmaba: «El individualismo destruyendo la idea del deber de obediencia destruye el poder y la ley.» Al contrario, no existe ninguna Constitución democrática que no presuponga la existencia de derechos individuales, es decir, que no parta de la idea de que primero viene la libertad de los ciudadanos aisladamente considerados y después el poder del gobierno que los ciudadanos, mediante su libertad, constituyen y controlan.

El debate de la elaboración de la Declaración duró en la Asamblea Nacional quince días, del 11 al 26 de agosto. Fueron presentados varios proyectos, uno por uno, para cuya coordinación fue nombrada una comisión de cinco miembros el 12 de agosto. Después de tres días, en nombre de la comisión Mirabeau presenta una redacción de 19 artículos recogidos de veinte proyectos distintos. El 18 de agosto se produce una fuerte contestación. Este primer texto es apartado y es adoptado el proyecto anónimo elaborado por la Sexta Comisión de la Asamblea. Después de otros incidentes de recorrido que hacen a la discusión fatigosa y caótica, el debate sobre cada uno de los artículos se desenvuelve entre el 20 y el 26 de agosto. Los 24 artículos son poco a poco reducidos a 17, el último de los cuales, el relativo a la propiedad sagrada e inviolable, es aprobado el 26.

Los problemas preliminares a resolver eran tres: 1) si era o no oportuna una declaración; 2) si reconocida la oportunidad, tenía que aparecer por sí sola o como premisa de la Constitución,

y en este caso tenía que haber sido devuelta; 3) si, una vez acogida la idea de su aparición independiente, no tenía que ir acompañada, como el mismo abad Gregoire reclamaba, de una declaración de deberes. Prevaleció la opinión intermedia. Y fue la elección justa. La Declaración aprobada como texto aislado, separado de la futura Constitución, tendrá una vida autónoma y, es necesario reconocerlo, gloriosa. Pasará a la historia con la denominación resonante (para bien y para mal) de los «principios del 89».

Que los constituyentes fueron conscientes de cumplir un acto históricamente relevante resulta del preámbulo que precedió a la enunciación de los artículos. En éste, la necesidad de la declaración se funda en el argumento de que «el olvido y el desprecio de los derechos del hombre son la causa de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos». El artículo fundamental es el segundo, en el que vienen expresa y taxativamente enunciados estos derechos: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

La Declaración ha estado sometida repetidamente a críticas formales y sustanciales. En cuanto a las primeras, no es muy difícil descubrir contradicciones y lagunas. Comenzando por los cuatro derechos enunciados, sólo el primero, la libertad, es definido, pero es definido en el artículo 4 como «el poder de hacer todo aquello que no daña a los demás», de donde deriva la regla del artículo siguiente según la cual «la ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad». En el artículo 5, en cambio, es definida implícitamente como el derecho de hacer todo aquello que no está prohibido ni obligado, definición clásica por la que la libertad es entendida negativamente como *silentium legis,* o bien como el espacio libre debido a la falta de leyes imperativas, negativas o positivas. Esta segunda definición, a diferencia de la primera, es implícita, porque el texto se limita a decir tortuosamente que «todo lo que no es prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena». Las dos definiciones se diferencian porque, mientras la primera define la libertad de un individuo respecto a los demás individuos, la segunda define la libertad de los individuos respecto al poder del Estado. La primera está limitada por el derecho de los demás a no ser dañados, y refleja el clásico *principium iuris* del *neminem laedere;* la segunda se fija ex-

clusivamente en el posible exceso de poder por parte del Estado. En realidad, la primera más que una definición de la libertad es una definición del delito; la segunda es una definición de la libertad, pero sólo de la libertad negativa. La libertad positiva, es decir, la libertad como autonomía, es definida implícitamente en el artículo 6, donde se dice que la ley, siendo la expresión de la voluntad general, «todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación».

La propiedad no tenía necesidad de ser definida: a ella se refiere sólo el último artículo que establece un principio general del Derecho absolutamente obvio, como es que la propiedad siendo un derecho sagrado e inviolable no puede ser limitado sino por razones de utilidad pública. La seguridad no es definida, pero será definida en el artículo 8 de la Constitución de 1793. Los temas relativos a la seguridad son afrontados en los artículo 7, 8, 9 y 10, que reasumen los principios generales relativos a la libertad personal, o *habeas corpus.* La libertad personal es históricamente el primer derecho que los súbditos de un Estado han reclamado y obtenido su protección desde la Carta Magna, considerada generalmente como el fundamento de los *Bill of Rights.* Pero es necesario distinguir bien la libertad personal de los otros derechos naturales: la primera es el fundamento del Estado de Derecho, fundado sobre el principio del *rule of law,* los segundos son el presupuesto del Estado liberal, o bien del Estado limitado. El blanco de la primera es el poder arbitrario; de la segunda, el poder absoluto. Que el poder tienda a ser arbitrario cuanto más absoluto es no quiere decir que el uno y el otro respecto a los medios para combatirlos susciten el mismo problema. El gradual reconocimiento de las libertades civiles, por no hablar de la libertad política, es conquista posterior en relación con la protección de la libertad personal. Por si acaso, es en las relaciones del derecho de propiedad donde la protección de la libertad personal se pospone. La esfera de la propiedad ha sido siempre más protegida que la esfera de la persona. No era necesaria una norma de la Declaración para proclamar la propiedad como derecho sagrado e inviolable. También en los Estados absolutos la seguridad de la propiedad ha sido siempre mayor que la de las personas. Uno de los grandes temas de los *philosophes* fue la reforma del Derecho penal, es decir, del Derecho

del que depende la mayor o menor libertad de la persona.

Además de la libertad personal, la Declaración contempla en el artículo 10, muy contestado, la libertad religiosa, en el artículo 11 la libertad de opinión y de prensa. No están previstas ni la libertad de reunión ni mucho menos la libertad de asociación, que es la última libertad en ser conquistada y es de ella de donde nace la sociedad pluralista de las modernas democracias. Dos artículos contemplan los derechos y deberes fiscales. El artículo 16 proclama el extraño principio según el cual una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada y la separación de poderes no es establecida no tiene Constitución: aquí es evidente la inspiración del célebre capítulo del *Esprit des Lois* sobre la libertad de los ingleses. Esto no quita que la afirmación sea teórica e históricamente insensata: confunde «Constitución» con «buena Constitución», o mejor, Constitución considerada buena en un determinado contexto histórico. (Pero incluso Aristóteles había llamado *politeia,* es decir, Constitución, a la mejor forma de gobierno.)

Queda por decir todavía alguna cosa sobre el derecho de resistencia que había sido presentado en muchos de los proyectos de declaración, como si fuese algo obvio. Tan poco obvio, por otro lado, que el artículo 7 afirma que todo ciudadano *appelé ou saisi* en base a la ley debe obedecer al instante y se hace culpable por la «resistencia». En realidad, el derecho de resistencia es un derecho, suponiendo que se pueda llamar correctamente derecho, distinto de los demás: es un derecho no primario, sino secundario, cuyo ejercicio se produce sólo cuando los derechos primarios, esto es, los derechos de libertad, de propiedad y de seguridad, han sido violados. Al derecho de resistencia recurre el individuo como *extrema ratio,* en última instancia, para protegerse contra la fallida protección de los derechos primarios, y, por consiguiente, no puede ser a su vez tutelado, y debe ser ejercido por su cuenta y riesgo. En rigor, ningún gobierno puede garantizar el ejercicio de un derecho que surge propiamente en el momento en el que la autoridad del gobierno disminuye y entre Estado y ciudadano se instaura una relación no ya de Derecho, sino de hecho, en la que tiene vigencia el derecho del más fuerte. Los constituyentes se habían dado cuenta perfectamente de la contradicción. Pero, como explica Lefèbvre, la inserción del derecho de resistencia entre los derechos naturales era debido al

temor de un nuevo asalto aristocrático, y, por consiguiente, no era otra cosa que la justificación póstuma de la caída del Antiguo Régimen.

Las críticas sustanciales a las que han sido sometidos los derechos naturales son ciertamente más graves que las formales. Estas críticas son de dos órdenes. Unas consideran su insignificancia o vacuidad o superficialidad a causa de su propia abstracción y pretendida universalidad. Una de las más duras sentencias de condena viene planteada rápidamente por el primer adversario de la revolución, Burke: «Nosotros no nos dejamos llevar de nuestros sentimientos para rellenarlos artificialmente, como pájaros embalsamados en un museo, de paja y trapo e insípidos fragmentos de cartas exaltantes de los derechos del hombre.» De esto se hará eco un siglo después Taine: los artículos de la Declaración «no son más que dogmas abstractos, definiciones metafísicas, axiomas más o menos literarios, esto es, más o menos falsos, a veces vagos, a veces contradictorios, susceptibles de varios significados opuestos».

Paradójicamente, la crítica que fue dirigida a la Declaración por Marx y por toda la tradición del marxismo teórico fue exactamente de signo opuesto: los artículos que consignan ciertas libertades y no otras a derechos naturales y exaltan la propiedad como sagrada e inviolable no son demasiado abstractos, sino acaso demasiado concretos, expresión claramente ideológica no de principios universales, sino de los intereses de una determinada clase, la burguesía, que se disponía a sustituir a la clase feudal en el dominio de la sociedad y del Estado.

Ninguna de las dos críticas llegan muy lejos. Los derechos pueden parecer abstractos en su formulación, pero en realidad, como dijo desde el comienzo Mirabeau, debían ser interpretados cada uno como un concretísimo acto de guerra contra antiguos abusos de poder ya no soportados. De esto se hizo eco más de un siglo después Salvemini: «Cierto, abstracta y metafísica es la primera de las Declaraciones; y es asimismo discutible que se pueda hablar de "derechos naturales" del hombre... Pero cuidémonos bien en no perder de vista el espíritu de la Declaración deteniéndonos a criticar pedantescamente su letra. Cada uno de los derechos... significa en aquel momento la abolición de una serie de abusos intolerables y corresponde a una necesidad urgente de la nación.» Incluso la crítica marxista no se centraba en

el aspecto esencial de la proclamación de los derechos: eran la expresión de la demanda de límites al abuso de poder del Estado, una demanda que si en el momento en el que fue hecha podía ser útil a la clase burguesa, conservaba un valor universal: repásese incluso solamente el primero de los artículos que se refieren a la libertad personal: «Nadie puede ser acusado, arrestado o detenido sino en los casos determinados por la ley, etc.» (es el artículo que consagra el principio del «garantismo», *nulla poena sine lege),* y medítese sobre aquello que ha sucedido en los países en los que son, o han sido hasta ahora, evidentes las consecuencias funestas del desprecio de este principio, cuya universalidad, una vez puesta en duda, golpea indiscriminadamente tanto a los burgueses como a los proletarios.

La otra crítica más radical, y también más seria, se refiere al fundamento filosófico de aquel documento que parte de la premisa de que existen derechos naturales. Pero, ¿existen verdaderamente estos derechos? La afirmación de estos derechos es la misma consecuencia del dominio del pensamiento iusnaturalista durante dos siglos, de Grocio a Kant. Pero todas las principales corrientes filosóficas del siglo XIX, si bien desde distintos puntos de vista y con distintas motivaciones, se mueven en el ataque del iusnaturalismo, tienen como punto de partida el rechazo del Derecho natural y como punto de llegada su sustitución por un fundamento del Derecho, distinto de la naturaleza originaria del hombre.

La primera crítica cerrada filosófica, no ya solamente política, de los derechos naturales, así como son concebidos en la cabeza de los constituyentes franceses, hecha en nombre del utilitarismo, se lee en las *Anarchical Fallacies* de Bentham: feroz crítica de esta fantasiosa invención de derechos que no han existido nunca, puesto que el Derecho, para Bentham, es el producto de la autoridad del Estado. *Non veritas sed auctoritas facit legem.* Pero la autoridad de la que habla Bentham no es un poder arbitrario; existe un criterio objetivo para limitar, y por tanto controlar, la autoridad, y es el principio de utilidad, que ya Beccaria, en quien se apoya Bentham, había expresado en la fórmula «la felicidad del mayor número». No menos contrario a admitir derechos naturales es el historicismo, sea en la versión más estrictamente jurídica de la Escuela Histórica del Derecho que hace derivar el Derecho del Espíritu del pueblo, de todo pue-

blo, por lo que todo pueblo tiene su Derecho y la idea de un Derecho universal es una contradicción *in terminis,* sea en la versión filosófica de Hegel (que era, sin embargo, adversario de la Escuela Histórica en lo que se refiere a la necesidad de una codificación en Alemania), para el que la libertad y la igualdad son tan poco naturales que son, más bien, «un producto y un resultado de la conciencia histórica» y mientras que son mantenidas en la forma abstracta «son de las que no dejan surgir o destruyen la concreción, es decir, la organización del Estado, una Constitución y un gobierno en general».

La negación del Derecho natural encuentra finalmente su expresión más radical en el positivismo jurídico, que es la doctrina dominante entre los juristas desde la primera mitad del siglo pasado hasta el final de la Segunda Guerra Mundial y en el que concuerdan los dos mayores juristas alemanes de la primera mitad de siglo, que no obstante son contemplados habitualmente como representantes de dos visiones antitéticas del Derecho y de la Política, Hans Kelsen y Carl Schmitt. Para el positivismo jurídico los pretendidos derechos naturales no son sino derechos públicos subjetivos, «derechos reflejos» del poder del Estado, que no constituyen un límite al poder de éste, anteriores al nacimiento del mismo Estado, sino que son una consecuencia, al menos en la célebre y conocida doctrina de Jellinek, de la limitación que el Estado se impone a sí mismo.

No hay duda de que el antiiusnaturalismo prolongado, pluriargumentado y reincidente, haya dejado señal. Difícilmente hoy se podría sostener sin correcciones teóricas o astucias prácticas la doctrina de los derechos naturales tal y como fue sostenida en los siglos pasados. Se puede sostener que no existe otro Derecho que el Derecho positivo sin rechazar la exigencia de la que nacieron las doctrinas del Derecho natural, que expresaron en distintas formas exigencias de corrección, de integración y de cambio del Derecho positivo. A estas exigencias se les da una fuerza particular al presentarlas como «derechos», aunque no son derechos en el sentido propio de la palabra, en el sentido en el que por «derecho» los juristas entienden una pretensión garantizada por un poder superior, capaz de obligar por la fuerza a los recalcitrantes, aquel poder común que no existe en el estado de naturaleza soñado por los iusnaturalistas.

Con todo, a pesar de la crítica antiiusnaturalista, las procla-

maciones de los derechos del hombre y del ciudadano no sólo no han disminuido en la era del positivismo jurídico, sino que se han enriquecido cada vez más con nuevas exigencias hasta comprender los llamados derechos sociales, y hasta desmenuzar al hombre abstracto en todas sus posibles especificaciones, de hombre y mujer, de niño y viejo, de sano y enfermo, dando lugar a una proliferación de cartas de derechos que presentan como estrecha y del todo inadecuada la afirmación de los cuatro derechos de la Declaración del 89.

En definitiva, las cartas de derechos han extendido su propio campo de validez desde los Estados nacionales al sistema internacional. En el Preámbulo del Estatuto de las Naciones Unidas emanado después de la tragedia de la Segunda Guerra Mundial se afirma que deberán de ahora en adelante ser protegidos los derechos humanos fuera y por encima de los Estados «si se quiere evitar que el hombre se vea compelido en última instancia a rebelarse contra la tiranía y la opresión». Tres años después fue solamente aprobada la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, a través de la cual todos los hombres de la Tierra, convirtiéndose idealmente en sujetos del Derecho internacional, han adquirido una nueva ciudadanía, la ciudadanía mundial, y en cuanto tal se convierten potencialmente en titulares del derecho a exigir el respeto de los derechos fundamentales frente a su propio Estado. En aquel áureo opúsculo que es *La paz perpetua,* Kant traza las líneas de un Derecho que va más allá del Derecho público interno y del Derecho público externo, y que llama «Derecho cosmopolita». Es el Derecho del futuro que debería regular no ya el Derecho entre Estados y súbditos, ni el Derecho entre Estados, sino entre los ciudadanos de los distintos Estados, un Derecho que para Kant no es «una representación fantástica de mentes exaltadas», sino una de las condiciones necesarias para la consecución de la paz perpetua en una época de la historia en la que «la violación del Derecho producida en un punto de la Tierra es conocida en el resto».

La Revolución Francesa ha sido exaltada y maldecida, juzgada como obra divina para unos, para otros diabólica. Ha sido justificada e injustificada de varias maneras: justificada, porque, pese a la violencia que la ha acompañado, transformó profundamente la sociedad europea; injustificada, porque incluso un fin bueno no santifica todos los medios, o peor cuando el fin mismo

no es bueno, o bien aunque hubiese sido bueno no fue nunca alcanzado. Pero, sea cual sea el juicio sobre los sucesos, la Declaración de derechos queda como una piedra milenaria. El mismo Furet, que ha contribuido con sus estudios y con su interpretación a sugerir la idea de que la Revolución concluyó ya hace tiempo, admite que «la manifestación más espectacular de la restitución del contrato social fue la Declaración de derechos del hombre» porque constituyó «la base del nuevo vivir juntos». De ello se dieron cuenta, por otro lado, los mismos protagonistas y los mismos contemporáneos. El 8 de agosto Dupont de Nemours dijo: «No se trata de una Declaración de derechos destinada a durar un día. Se trata de la ley sobre la que se fundan las leyes de nuestra nación y las de las otras naciones y que debe durar hasta el final de los siglos.» A finales del 89, Pietro Verri escribe en la *Gazzetta di Milano:* «Las ideas francesas sirven de modelo a los demás hombres. Hasta que los derechos del hombre fueron establecidos entre las montañas de los Alpes, entre los pantanos de los Países Bajos, y en la isla de Gran Bretaña, estos sistemas tenían poca influencia en la muchedumbre de los otros Reinos. Ahora la luz está repuesta en el corazón de Europa; no puede (...) por menos que fluya sobre los otros gobiernos.»

Se ha dicho al comienzo que la Declaración del 89 había sido precedida de la americana. Ciertísimo. Pero fueron los principios del 89 los que constituyeron durante un siglo y más una fuente ininterrumpida de inspiración ideal para los pueblos en lucha por su libertad, y al mismo tiempo el principal objetivo de escarnio y de desprecio por los reaccionarios de todas las confesiones y facciones, burlándose de «la apología de la rimbombante palabrería de la Revolución Francesa, Justicia, Fraternidad, Igualdad, Libertad». El significado histórico del 89 no había escapado a Tocqueville, que fue el primer gran historiador en refutar la imagen que la Revolución había tenido de sí misma: «El tiempo en el que fue concebida la Declaración fue el tiempo de entusiasmo juvenil, de arrogancia, de pasiones generosas y sinceras, de las que, a pesar de cualquier error, los hombres guardarían eterna memoria, y que, por mucho tiempo todavía, turbará los sueños de aquellos a quienes los hombres quieren dominar o corromper.»

En uno de tantos documentos contrarrevolucionarios de Pío VI, contemporáneo de los sucesos, se llama «derecho mons-

truoso» al derecho de libertad de pensamiento y de prensa, «deducido de la igualdad y de la libertad de cada hombre» y se comenta: «No se puede imaginar nada más insensato que establecer una tal igualdad y una tal libertad entre nosotros.» Cerca de dos siglos más tarde, en un mensaje al secretario de las Naciones Unidas en el trigésimo aniversario de la Declaración Universal, Juan Pablo II aprovechaba la ocasión para mostrar «su constante interés y solicitud "por los fundamentales derechos humanos, cuya expresión encontramos claramente enseñada en el mensaje del Evangelio"». ¿Qué mejor prueba del camino victorioso recorrido por este texto en su historia secular? Al final de este camino parece ya producida, por encima de las insensatas y estériles banderías, la reconciliación del pensamiento cristiano con una de las más altas expresiones del pensamiento racionalista y laico.

X

Kant y la Revolución Francesa

Nunca como en estos tiempos en los que la voluntad ciega de poder que ha dominado la historia del mundo tiene a su servicio medios extraordinarios para imponerse, el honor del clérigo puede ir separado de un renovado sentido de responsabilidad en el doble significado de la palabra, por el que ser responsable quiere decir, de un lado, darse cuenta de las consecuencias de las propias acciones, del otro, responder de nuestras acciones frente al prójimo; en otras palabras, evitar, en un sentido, refugiarse en la ética pura de las buenas intenciones («Haz lo que debas y ocurra lo que sea»), en otro, evitar encerrarse en el espléndido aislamiento («Desprecio el sonido de vuestra arpa que me impide escuchar la voz de la justicia»).

A medida que nuestro conocimiento se extiende, y continúa extendiéndose a una velocidad vertiginosa, la comprensión de

quiénes somos y hacia dónde vamos se hace cada vez más difícil. Pero al mismo tiempo es más necesaria por la grandeza insólita de las amenazas que conlleva. Esta diferencia entre la exigencia urgente de abarcar en su totalidad el conjunto de los problemas que deben ser resueltos para evitar catástrofes sin precedentes, y la creciente dificultad de dar respuestas sensatas a todas las demandas que nos permitirían alcanzar la visión global que podría asegurar un pacífico y feliz desarrollo de la humanidad es una de tantas paradojas de nuestro tiempo, y además una de las razones de las angustias en las que se encuentra el estudioso que ha confiado eminentemente en el ejercicio de la inteligencia esclarecedora y en no despreciar ningún intento para afrontar el desafío a la razón que proviene de las pasiones incontroladas y del conflicto mortal de intereses.

Al final de uno de mis últimos discursos había creído poder expresar este «malestar» del hombre de razón (permítaseme no utilizar la palabra «intelectual», ya desgastada por el largo uso no siempre correcto y que demasiadas veces ha sido asignado a la tarea presuntuosa e inasequible de encontrar el hilo de Ariadna para salir del laberinto), hablando de la ambigüedad de la historia [1]. La historia, a pesar de las apariencias, ha sido siempre ambigua, porque ha dado respuestas distintas según quién la ha interrogado y en qué circunstancias. Pero hoy, después de la extenuación de la idea de progreso, la desaparición de un mito como ha sido dicho, es más ambigua que nunca. Entre las dos interpretaciones opuestas que han dominado en el siglo pasado, aquella interpretación triunfalista hegeliana según la cual la historia es la realización progresiva de la idea de libertad (hegeliana y, podemos tranquilamente añadir, marxiana: la historia como paso del reino de la necesidad al reino de la libertad) y la catastrófica nietzscheiana, según la cual la humanidad se dirige hacia la edad del nihilismo, hoy nadie querría, ni consideraría tampoco de utilidad aventurarse a predecir, ni siquiera a apostar, cuál de las dos está destinada a verificarse. El mundo de los hombres se dirige hacia la paz universal, como había previsto Kant, o hacia la guerra exterminadora, ¿por esto ha sido acuñada, en oposición al pacifismo, uno de los ideales del siglo que creía en el progreso, la palabra exterminismo? ¿Hacia el reino de la libertad a través de un constante y cada vez más amplio movimiento de emancipación, de los individuos, de las clases y de los

pueblos, o bien hacia el reino del Gran Hermano, descrito por Orwell?

Pero más en general: ¿tiene todavía algún sentido plantearse el problema del sentido de la historia? ¿Qué significa plantearlo sino constatar que en el movimiento histórico existe una intencionalidad, entendida como dirección consciente hacia un fin? ¿Pero cómo se puede dar respuesta a esta pregunta sobre el fin de la historia sino buscando un diseño preestablecido atribuido a un sujeto colectivo, sea la Providencia, la Razón, la Naturaleza, el Espíritu universal? ¿Pero quién hoy, en el ámbito de un pensamiento roto como el que caracteriza la filosofía contemporánea, desconfiado respecto a las ideas generales, temeroso, a mi parecer con razón, de comprometerse con visiones demasiado generales, puede todavía creer en un sujeto universal que no es sino una de las posibles formas de antropomorfización de la historia, es decir, de atribución de facultades o poderes propios del hombre a un sujeto, en este caso la Humanidad, la Razón universal, distintos del hombre individual, a través de una extrapolación, de tipo analógico, que no ofrece ninguna garantía de veracidad y que permite solamente una reconstrucción del curso histórico puramente conjetural, por usar una expresión kantiana? Pero una historia completamente conjetural, derivada toda ella de indicios y no de hechos comprobados, sería, advierte el mismo Kant, como «trazar el argumento de una novela» o de «un simple juego de la imaginación». Lo que no excluye que se puedan hacer conjeturas sobre el curso de una historia, con tal de que se tenga pleno conocimiento de que mediante conjeturas se puede colmar una laguna de nuestra documentación entre una causa lejana y un efecto cercano, pero sería absolutamente ilusorio, y por consiguiente vano, reconstruir la historia entera de la humanidad [2].

Distinta de la historia conjetural es para Kant la historia profética que tiene un plan más ambicioso, que es el de descubrir la tendencia de desarrollo de la historia humana, bien sea estacionaria o proceda de mal en peor o de bien en mejor (y para Kant, como se sabe, la respuesta justa es esta última), pero no tiene pretensión alguna, como querría tener la historia conjetural, de veracidad. A diferencia de la historia empírica, que es la de los historiadores, la profética, que es la historia de los filósofos, no procede por causas, de una causa a su efecto en una ca-

dena ininterrumpida salvo la superación de las lagunas a través de las conjeturas, sino que busca descubrir en un evento extraordinario no tanto la causa de un acontecimiento, subsiguiente, cuanto un indicio, una indicación, un signo *(signum rememorativum, demonstrativum, prognosticum)* de una tendencia de la humanidad considerada en su totalidad [3]. Sólo la historia profética (o filosófica), no la historia empírica, más enriquecida que la historia conjetural, puede desafiar, si no resolver, la ambigüedad del movimiento histórico, y dar una respuesta a la pregunta sobre si la humanidad está en constante progreso hacia mejor.

Lo que la historia profética puede hacer es presagiar aquello que podrá suceder, pero no preverlo. La previsión es la tarea de una historia hipotética, de una historia que enuncia sus proposiciones en la forma «sí, entonces», en una relación entre condiciones y consecuencias, pero no está en condición de establecer con certeza si se verifican las condiciones de las que necesariamente deberían derivar ciertas consecuencias. El evento extraordinario, en cambio, que es el punto de partida de la historia profética, ha sucedido realmente. Aquello que convierte alguna vez en problemática este tipo de historia es la falta de significado del evento extraordinario elegido, que puede influir sobre la credibilidad de la predicción.

Si Kant había tenido razón en indicar el evento revelador de la tendencia de la humanidad hacia mejor es una pregunta que podemos dejar sin respuesta. Aquello que hoy, en el bicentenario de la Revolución, y del estruendo que ha venido creciendo continuamente hasta el aturdimiento (y estamos sólo al principio) en torno al acontecimiento de hace doscientos años, puede suscitar nuestro interés de descendientes es que el gran filósofo contemporáneo de aquellos sucesos hubiese encontrado en la Revolución Francesa el evento extraordinario, el *signum pronosticum,* en el que basar su presagio sobre el futuro de la humanidad.

Las páginas conocidísimas de Kant sobre la Revolución Francesa se encuentran en una de sus últimas obras, publicada en 1798, cuando los años de la tempestad que había revuelto al mundo, y durante la cual había caído la cabeza del Rey, crimen detestado por Kant, eran ya lejanos. El escrito, titulado «Si el género humano se halla en constante progreso hacia mejor», está incluido en la obra *El conflicto de las facultades,* de la que constituye la segunda parte dedicada al conflicto de la facultad filo-

sófica, en el que Kant veía representado el espíritu crítico, y que sin embargo veía dominada por la reacción, y donde anidaban los complacientes enemigos de la revolución. Como ha sido escrito por un reconocido comentarista: «La fe de Kant en el progreso indefinido de la humanidad, en la íntima racionalidad de la historia, en el triunfo último de la libertad y de la paz con la justicia (...) no fue sacudida siquiera por los desórdenes de Francia, por las continuas guerras de aquellos años, por el pesimismo difundido y alimentado por los juristas y por los hombres de Estado. Le parecía que sólo el filósofo (...) estaba en condiciones de entender las respuestas sonoras de la historia, de medir el grado de desarrollo que estaba por alcanzar la humanidad, de vislumbrar el curso futuro de los sucesos, de indicar las directrices para las reformas civiles y políticas» [4]. El ensayo había estado prohibido porque en él se hacía la apología de la revolución. Y se publicó sólo a la muerte de Federico Guillermo II, producida en 1797, eliminadas algunas restricciones de la libertad de prensa.

Un parágrafo es titulado «De un hecho de nuestro tiempo que demuestra esta tendencia moral del género humano». El hecho es «la revolución de un pueblo lleno de espiritualidad» que, a pesar de haber acumulado miserias y crueldad como para inducir a un hombre bien intencionado a no intentar el experimento una segunda vez, sin embargo ha encontrado en los espíritus de los espectadores una participación de aspiraciones que alcanza el entusiasmo, definido como «participación en el bien con pasión, que se refiere siempre y solamente a aquello que es ideal, a lo que es puramente moral» y no puede tener otra causa que «una disposición moral del género humano» [5].

El punto central de la tesis kantiana, y sobre el cual deseo llamar la atención, es que tal disposición moral se manifiesta en la afirmación del derecho —un derecho natural— que tiene el pueblo de no ser impedido por otras fuerzas a darse una Constitución civil que él cree buena. Esta Constitución no puede ser para Kant sino la republicana, es decir, aquella cuya bondad consiste en ser la única Constitución capaz de evitar por principio la guerra. Para Kant la fuerza y la moralidad de la Revolución radican en la afirmación de este derecho del pueblo de darse libremente una Constitución en armonía con los derechos naturales de los individuos, de tal forma que los que obedecen las leyes

deben ser también los legisladores. El mismo concepto de honor, propio de la antigua nobleza guerrera, se desvanece frente a las armas de quienes tenían la mirada puesta en el derecho del pueblo al que pertenecían.

Algunas de las ideas expresadas habían sido anticipadas, y más ampliamente expuestas, en dos escritos precedentes: *La idea de una historia universal en sentido cosmopolita* y *La paz perpetua.* El primero, compuesto en 1784, y por consiguiente algunos años antes que la Revolución, pasó inadvertido para los contemporáneos, que sí conocieron y comentaron, como Fichte y Hegel, el segundo; fue después, junto con todos los escritos kantianos de filosofía de la historia, combatido en el ámbito del historicismo, desde Dilthey a Meinecke, cuando vieron en la historia con objetivos, en la concepción teleológica de la historia, una revisión de la filosofía antihistoricista del iluminismo. Fue revalorizado finalmente sólo al principio de nuestro siglo por algunos filósofos socialistas de inspiración kantiana [6]. La crítica, dirigida principalmente al problema de la legitimidad de la filosofía de la historia, a las aporías propias de la filosofía kantiana, y a la mayor o menor coherencia respecto a las otras obras del mismo Kant, terminó por dar menor importancia al tema central de la obra, que había sido ironizado por Hegel pero que hoy es más actual que nunca, de la tendencia de la historia humana hacia un orden jurídico mundial. Este tema, resumido en el uso del término-clave *Weltbürgertum,* y de ordenamiento cosmopolita, era de origen estoico, pero venía transferido por Kant desde una concepción naturalista de la historia a una finalista.

Kant sabía bien que el resorte del progreso no es la calma sino el conflicto. Sin embargo, se había dado cuenta que había un límite por encima del cual el antagonismo habría sido excesivamente destructivo y habría sido necesario un autodisciplinamiento del conflicto hasta la constitución de un ordenamiento civil universal. En una época de guerras incesantes entre Estados soberanos, observaba lúcidamente que la «libertad salvaje» de los Estados ya constituidos, «por el empleo de todas las fuerzas de la comunidad en los armamentos, por las devastaciones subsiguientes a las guerras y todavía más por la necesidad de mantenerse constantemente en armas, impide, de un lado, el pleno y progresivo desarrollo de las disposiciones naturales, del otro, por los males que derivan, obligará a nuestra especie a buscar

una ley de equilibrio entre muchos Estados para su misma libertad antagónica, y a establecer un poder común que a tales leyes dé fuerza, hasta hacer surgir un ordenamiento cosmopolita de seguridad pública» [7].

Todavía más inadvertido fue para los críticos de la filosofía de la historia kantiana que esta idea de la «cosmópolis», por la que todo hombre es potencialmente ciudadano no sólo de un Estado sino del mundo, había tenido un desarrollo en el escrito *La paz perpetua* (1795). Uno de los aspectos menos estudiados de este escrito es la introducción por parte de Kant, junto al Derecho público interno y al externo, que era división tradicional, de una tercera especie de Derecho que él llama *ius cosmopoliticum.* Como es sabido, de los tres artículos definitivos del imaginario tratado por una paz perpetua, el primero, según el cual la Constitución de todo Estado debe ser republicana, pertenece al Derecho público interno; el segundo, por el cual el Derecho internacional debe fundarse sobre una federación de Estados libres, pertenece al Derecho público externo. Pero Kant añade un tercer artículo que dice así: «El Derecho cosmopolita debe estar determinado por las condiciones de una universal hospitalidad» [8].

¿Por qué Kant considera tener que añadir a los dos géneros de Derecho público tradicionales, el interno y el externo, un *tertium genus?* Porque, además de las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos y las del Estado y los otros Estados, considera que se deben tomar en consideración también las relaciones entre todo Estado y los ciudadanos de los otros Estados, o, inversamente, de los propios ciudadanos con los otros Estados. De donde derivan dos máximas: respecto a la primera relación, el deber de hospitalidad o bien el derecho (Kant subraya que se trata de un derecho y no solamente de un deber meramente filantrópico) de un extranjero que llega a territorio de otro Estado a no ser tratado por esto de forma hostil; respecto a la segunda relación, «el derecho de visita perteneciente a todos los hombres, es decir, el de entrar a formar parte de la sociedad universal en virtud del derecho común a la posesión de la superficie de la tierra, sobre la cual, siendo esférica, los hombres no pueden esparcirse aislándose en el infinito, sino que deben en última instancia resignarse a encontrarse y a coexistir». De estos dos derechos de los ciudadanos del mundo derivan dos deberes de los Estados: del primero, el deber de permitir al ciudadano extran-

jero entrar en el propio territorio, y, por tanto, la condena de los habitantes de las costas de los Estados bárbaros que se apoderan de las naves que atracan y convierten en esclavos a los náufragos; del segundo, el deber del huésped de no aprovecharse de la hospitalidad para transformar la visita en conquista, y, por tanto, la condena de los Estados comerciales europeos que con el pretexto de establecer estaciones de comercio introducen tropas que oprimen a los indígenas. (No será inútil recordar que Hegel, que se había burlado de las fantasías de la paz perpetua kantiana, justificó la expansión colonial.)

En esta relación de reciprocidad entre el derecho de visita del ciudadano extranjero y el deber de hospitalidad del Estado visitado, Kant había prefigurado originariamente el derecho de todo hombre de ser ciudadano no sólo del propio Estado, sino del mundo entero, y se había representado la tierra entera como una potencial ciudad del mundo, precisamente como una cosmópolis [9]. Y sólo con este último tipo de relación, no entre los individuos, no entre Estado e individuos en el interior, no entre Estado y Estado, sino entre Estados e individuos de los otros Estados, Kant cerraba el sistema general del Derecho y representaba completamente el desarrollo histórico del mismo, en el que el ordenamiento jurídico universal, la ciudad del mundo o cosmópolis, representa en el sistema jurídico general la cuarta y última fase, después del estado de naturaleza, donde no existe otro Derecho que el privado, el Derecho entre los individuos, después del estado civil, regulado por el Derecho público interno, después del orden internacional, regulado por el Derecho público externo. Concebido como última fase de un proceso, el Derecho cosmopolita no es para Kant «una representación de mentes exaltadas», ya que en un mundo en el que «en materia de asociación de los pueblos de la tierra (...) se ha logrado progresivamente un signo tal que la violación de Derecho producida en un punto de la tierra es conocida en el resto», el Derecho cosmopolita es «la necesaria coronación del Código no escrito, tanto del Derecho público interno como del Derecho internacional, para la fundación de un Derecho público general y por consiguiente para la realización de la paz perpetua» [10].

Que la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 haya sentado las bases para hacer también de los individuos, y no solamente de los Estados, un sujeto ju-

rídico del Derecho internacional, y haya por consiguiente encauzado el paso a una nueva fase del Derecho internacional del Derecho de todas las gentes al Derecho de todos los individuos, es un punto indiscutible. Esta nueva fase del Derecho internacional ¿no podría ser llamada, en nombre de Kant, Derecho cosmopolita?

En el escrito sobre la paz perpetua Kant no hacía ninguna referencia a la Revolución Francesa. Solamente en su último escrito, desde el que he comenzado, retomando todavía una vez más el tema de la Constitución civil fundada sobre el derecho de un pueblo a legislar, que sola habría podido dar vida a un sistema de Estados de los que habría sido eliminada para siempre la guerra, reconoció en el gran movimiento de Francia el acontecimiento que podía ser interpretado, en una visión profética de la historia, el signo premonitor de un nuevo orden del mundo.

Entre las distintas celebraciones de este evento, puede encontrar dignamente su puesto la interpretación que de éste dio el más grande filósofo de ese tiempo, que es, pues, la única interpretación que guarda el valor perenne, por encima de todas las controversias de los historiadores que se fijan a menudo en los árboles individuales, no logrando ya ver el bosque.

Frente a la ambigüedad de la historia, también creo que uno de los pocos signos, quizá el único, de un movimiento histórico creíble hacia mejor sea el creciente interés de los estudiosos y de las mismas instancias internacionales por un reconocimiento cada vez mayor, y una cada vez más segura garantía, de los derechos humanos.

Un signo premonitor no es todavía una prueba. Es solamente un motivo para no permanecer como espectadores pasivos, y no incitar con nuestra pasividad a aquellos que dicen que «el mundo irá siempre así como ha ido hasta ahora», y de esta forma, repito todavía con Kant, «contribuyen a verificar que su propia previsión se realice» [11], es decir, que el mundo vaya efectivamente como siempre ha ido. ¡Ay de los inertes!

NOTAS AL CAPITULO X

[1] «La pace ha un futuro?», discurso pronunciado en el Simposium internacional Ciudad de Lugano sobre «El futuro de la paz y la violencia del futuro» (18-20 de noviembre de 1987). Publicado en *Il Terzo assente*, Edizioni Sonda, Turín, 1989, págs. 188-94.

[2] I. Kant, *Mutmasslicher Anfang der Menschengeschichte*, 1876 («Congetture sull'origine della storia», en I. Kant, *Scritti politici e di filosofia del diritto e della storia*, Utet, Turín, 1956, pág. 195). [Hay traducción al castellano, «Comienzo presunto de la historia humana», de E. Imaz, en Kant, *Filosofía de la historia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981.]

[3] I. Kant, *Ob das menschliche Geschlecht in beständigen Fortschreiten zum Besseren sei*, 1797 («Se il genere umano sia in costante progresso verso il meglio», en *Scritti politici*, cit., pág. 218). [Hay traducción castellana, «Si el género humano se halla en constante progreso hacia mejor», de E. Imaz, en Kant, *Filosofía de la historia*, cit.]

[4] V. Mathieu, «Nota storica», preliminar a *Scritti politici*, cit., pág. 87.

[5] I. Kant, *Scritti politici*, cit., pág. 219.

[6] Obtengo estas noticias sobre la fortuna de los escritos kantianos de filosofía de la historia de M. Mori, «Studi sulla filosofia kantiana della storia» en *Rivista di filosofia*, LXX (1979), págs. 115-46.

[7] I. Kant, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, 1784 («Idea di una storia universale dal punto di vista cosmopolitico», en *Scritti politici*, cit., pág. 133). [Hay traducción castellana, «Idea de una historia universal en sentido cosmopolita», de E. Imaz, en Kant, *Filosofía de la historia*, cit.]

[8] I. Kant, *Zum ewigen Frieden*, 1795 («Per la pace perpetua», en *Scritti politici*, cit., pág. 302). [Hay traducción castellana de B. Espinosa, *La paz perpetua*, Aguilar, Madrid, 1967.]

[9] Ha llamado mi atención sobre el tema del Derecho cosmopolítico en Kant, como símbolo de una nueva fase del desarrollo jurídico del género humano, D. Archibugi, «La democrazia nei progetti di pace perpetua», en *Teoria politica*, VI (1990), núm. 1, págs. 122 y sigs., y «Le utopie della pace perpetua», en *Lettera internazionale*, V, núm. 22, otoño de 1989, págs. 58-59.

[10] I. Kant, *Zum ewigen Frieden*, cit. (trad. italiana cit., pág. 305).

[11] I. Kant, *Worin besteht der Fortschritt zum Besseren im Menschengeschlechte?* («In che cosa consiste el progresso del genere umano verso il meglio?, en *Scritti politici*, cit., pág. 234). Sobre el tema de la relación entre Kant y la Revolución Francesa, últimamente, C. Rosso, «Kant e la rivoluzione francese. Molte rivoluzioni in una», en *Alma Mater Studiorum*, revista científica de la Universidad de Bolonia, II (1989), núm. 2, págs. 65-76.

TERCERA PARTE

XI

La resistencia a la opresión, hoy

1. El alfa y la omega de la teoría política es el problema del poder: cómo se conquista, cómo se conserva y cómo se pierde, cómo se ejercita, cómo se defiende y cómo nos defendemos de éste. Pero el mismo problema puede ser considerado desde dos puntos de vista distintos, o más bien opuestos: *ex parte principis* o *ex parte populi.* Maquiavelo o Rousseau, por señalar dos símbolos. La teoría de la razón de Estado o la teoría de los derechos naturales y el constitucionalismo. La teoría del Estado-potencia de Ranke a Meinecke, al primer Max Weber, o la teoría de la soberanía popular. La teoría del inevitable dominio de una clase política retringida, minoría organizada, o la teoría de la dictadura del proletariado de Marx a Lenin. El primer punto de vista es el de quien se comporta como consejero del príncipe, presume o finge ser el portador de los intereses nacionales, habla

en nombre del Estado actual; el segundo punto de vista es el de quien se erige defensor del pueblo, o de la masa, sea ésta concebida como una nación oprimida o una clase explotada, habla en nombre del anti-Estado o del Estado que vendrá. Toda la historia del pensamiento político se puede distinguir según donde se haya puesto el acento; en los primeros, sobre el deber de *obediencia;* en los segundos, sobre el derecho a la *resistencia* (o a la revolución).

Esta premisa sirve sólo para situar nuestra argumentación: el punto de vista en el que nos situamos, cuando afrontamos el tema de la resistencia a la opresión, no es el primero, sino el segundo.

No hay duda de que el viejo problema de la resistencia a la opresión se ha vuelto actual con la improvisada y general explosión del movimiento de «contestación». Pero ignoro si se ha intentado realizar un análisis de las diferencias entre los dos fenómenos. En un reciente artículo, Georges Lavau hace un examen muy interesante del fenómeno de la contestación, buscando individualizar sus caracteres distintivos, especialmente en relación con la oposición legal y la revolución [1]. Pero no toca el problema de la diferencia entre contestación y resistencia. Sin embargo, me parece que la cuestión merece ser estudiada, por lo menos porque tanto la contestación como la resistencia pertenecen ambas a las formas de oposiciones extralegales (en relación al modo con el que son ejercidas) y deslegitimadoras (respecto al objetivo final).

Creo que también en este caso vale, como primer expediente para subrayar la diferencia entre los dos fenómenos, la referencia a su respectivo contrario: lo contrario de resistencia es obediencia, lo contrario de contestación es aceptación. La teoría general del Derecho se ha basado, a menudo y conscientemente (últimamente con Hart), en la diferencia entre obediencia a una norma o al ordenamiento en su totalidad, que es un comportamiento pasivo (y puede ser incluso mecánico, puramente habitual, imitativo), y aceptación de una norma o del ordenamiento en su totalidad, que es un comportamiento activo, que implica, si no propiamente un juicio de aprobación, una favorable inclinación a servirse de la norma o de las normas para guiar la propia conducta y para censurar la conducta de quienes no se conforman a ellas. En cuanto contraria a la obediencia, la resistencia comprende todo comportamiento de ruptura contra el orden

constituido, que pone en crisis al sistema por el simple hecho de producirse, como sucede en un tumulto, en un motín, en una rebelión, en una insurrección hasta el caso límite de la revolución; lo sitúa en crisis pero no lo pone necesariamente en cuestión.

En cuanto contraria a la aceptación, la contestación se refiere, más que a un comportamiento de rutpura, a una postura de crítica que cuestiona el orden constituido sin situarlo necesariamente en crisis. Justamente Lavau observa que la contestación «supera el ámbito del subsistema político para atacar no sólo su orden normativo, sino también los *modelos culturales generales (el sistema cultural)* que aseguran la legitimidad profunda del subsistema político» [2]. Y de hecho, como la resistencia se resuelve esencialmente en un acto práctico, en una acción incluso sólo demostrativa (como aquella del negro que va a sentarse a la mesa de un restaurante reservado a lo blancos), así la contestación se expresa a través de un discurso crítico, en una protesta verbal, en la enunciación de un eslogan. (No es casual que el lugar adecuado donde se manifiesta la postura contestataria es la asamblea, es decir, un lugar donde no se actúa si no se habla.) Bien entendido, la distinción en la práctica no es tan neta: en una situación concreta es difícil establecer dónde termina la contestación y dónde comienza la resistencia. Lo importante es que pueden darse los dos casos-límites de una resistencia sin contestación (la ocupación de tierras por parte de campesinos hambrientos) y de una contestación de la que no se siga algún acto subversivo que pueda considerarse de resistencia (la ocupación de aulas universitarias, que es ciertamente un acto de resistencia, no ha caracterizado necesariamente siempre la contestación del movimiento estudiantil). Mientras la resistencia, incluso si no es necesariamente violenta, puede llegar al uso de la violencia y, por consiguiente, no es incompatible con el uso de la violencia, la violencia del contestatario es siempre solamente ideológica.

Haciéndome eco del renovado interés por el problema de la resistencia, intento en mi ponencia: *a)* poner de relieve las razones históricas de este renacimiento; *b)* indicar algunos elementos distintivos sobre el modo como se abordaba ayer y el modo como se aborda hoy el problema de la resistencia. Refiriéndome al título de esta ponencia, se trata de responder a estas dos preguntas: ¿la resistencia, hoy, por qué?, y ¿la resistencia, hoy, cómo? Termino la ponencia con algunas observaciones sobre distintos tipos de resistencia.

2. Agotada la eficacia de la literatura política suscitada por la Revolución Francesa, el problema del derecho de resistencia perdió, a lo largo del siglo XIX, gran parte de su interés. Se pueden indicar dos razones de esta decadencia, una ideológica y una institucional.

Una de las características sobresalientes de las ideologías políticas del siglo XIX, sobre la que no se pone nunca la suficiente atención, fue la creencia en el deterioro natural del Estado. Alcanzada en Hegel la máxima expresión de la idea, defendida por los grandes filósofos políticos de la Edad Moderna, por Hobbes, Rousseau, Kant, de que el Estado fuese la realización del dominio de la razón en la historia, lo «racional en sí y por sí», todas las grandes corrientes políticas del siglo pasado invirtieron la dirección, contraponiendo la sociedad al Estado, descubriendo en la sociedad, no en el Estado, las fuerzas que llevan hacia la liberación y hacia el progreso histórico, y en el Estado una forma residual arcaica en vía de extinción del poder del hombre sobre el hombre. De esta devaluación —que fue una expresión típica de la profunda transformación producida en la sociedad, reflejo de la concepción general de ésta y del progreso histórico debido al crecimiento de la sociedad industrial, y de la idea de que los hombres deberían ya dejarse guiar por las leyes naturales de la economía más que por las leyes artificiales de la política— son relevantes esencialmente tres versiones: la liberal-librecambista de Spencer, según la cual el Estado nacido y reforzado en las sociedades militares habría perdido gran parte de sus funciones a medida que había ido creciendo la sociedad industrial; la socialista marxista-engelsiana, según la cual después del Estado burgués habría todavía, sí, una dictadura pero con el fin de suprimir toda forma futura de Estado; la libertaria, de Godwin a Proudhon o a Bakunin, según la cual las instituciones políticas caracterizadas por el ejercicio de la fuerza, contrariamente a lo que habían creído de Hobbes a Hegel los grandes teóricos del Estado moderno, no sólo no eran indispensables para salvar al hombre de la barbarie del estado de naturaleza o de la insensatez de la sociedad civil, sino que eran inútiles, incluso perjudiciales, y podían, tranquilamente, desaparecer sin dejar huella ni nostalgia.

La máxima concentración de poder se produce cuando aquellos que detentan el monopolio del poder coactivo, en lo que con-

siste propiamente el poder político, detentan, a la vez, el poder económico y el ideológico (a través de la alianza con la iglesia única elevada a iglesia de Estado o, modernamente, con el partido único); cuando el soberano tiene, como en la teoría todavía paradigmática de Hobbes, junto al *imperium* y el *dominium,* también la *potestas spiritualis,* que es, pues, el poder de pretender la obediencia de los propios súbditos a fuerza de sanciones no sólo humanas, sino también divinas.

La ilusión del siglo XIX relativa al gradual deterioro del Estado se derivaba de la convicción de que a través de la reforma y de la revolución científica, primero, e industrial después, en otras palabras, a través de un proceso de ruptura de la unidad religiosa y de secularización de la cultura, y a través de la formación de una estirpe de empresarios independientes (estuviesen o no los dos fenómenos conectados el uno al otro), se fueron encauzando dos procesos paralelos de desconcentración del poder con la consecuente desmonopolización del poder ideológico-religioso, que habría encontrado su garantía jurídica en la proclamación de la libertad religiosa y, en general, de la libertad de pensamiento, y con la no menos consecuente desmonopolización del poder económico, que habría encontrado su expresión formal en el reconocimiento de la libertad de iniciativa económica. Al Estado le habría quedado exclusivamente el monopolio del poder coactivo para la defensa, pero sólo en última instancia, como *extrema ratio,* del antagonismo de las ideas y de la concurrencia de intereses. La revancha de la sociedad civil sobre el Estado fue una idea común, aunque interpretada y orientada de manera distinta, tanto por los liberales como por los libertarios, tanto por los socialistas utópicos como por los socialistas científicos.

3. Desde el punto de vista institucional el Estado liberal, después democrático, que fue instaurado poco a poco en los países más avanzados a lo largo del siglo pasado, se caracterizó por un proceso de asunción y de reglamentación de las distintas exigencias provenientes de la burguesía en ascenso por medio de una contención y de una delimitación del poder tradicional. Puesto que estas exigencias habían sido hechas en nombre o bajo la forma del derecho a la resistencia o a la revolución, el proceso que dio lugar al Estado liberal y democrático se puede correctamente llamar un proceso de «constitucionalización» del derecho de resistencia y de revolución. Los cauces a través de los cuales

se obtiene este resultado pueden distinguirse en relación con los dos modos tradicionales a través de los cuales se consideraba que se producía la degeneración del poder: el abuso en el ejercicio del poder (el *tyrannus quoad exercitium)* y la falta de legitimación (el *tyrannus absque titulo).* Como he tenido ocasión de aclarar en otro lugar, esta diferencia puede ser esclarecida posteriormente refiriéndonos a la distinción entre dos conceptos que no son, a menudo, bien distinguidos, el de legalidad y el de legitimidad [3].

La constitucionalización del remedio contra el abuso del poder se produce a través de dos instituciones típicas como son la separación de poderes y la subordinación de algún poder estatal, e incluso la de los órganos legislativos mismos, al Derecho (el llamado «constitucionalismo»). Por separación de poderes entiendo, en sentido amplio, no solamente la separación vertical de las principales funciones del Estado entre los órganos al vértice de la administración estatal, sino también la separación horizontal entre órganos centrales y órganos periféricos en las distintas formas de autogobierno que van de la descentralización político-administrativa al federalismo. El segundo proceso fue el que dio lugar a la figura, auténticamente dominante en todas las teorías políticas del siglo pasado, del Estado de Derecho, esto es, del Estado en el que todo poder es ejercido en el ámbito de normas jurídicas que delimitan su competencia y orientan sus decisiones, a menudo con cierto margen de discrecionalidad. Este corresponde al proceso de transformación del poder tradicional fundado sobre las relaciones personales y patrimoniales en un poder legal y racional, esencialmente impersonal, que ha sido descrito tan agudamente por Max Weber. No se ha puesto la atención, creo, en el hecho de que la teorización más completa de este tipo de Estado es la doctrina kelseniana de la construcción gradual del ordenamiento; no obstante su pretensión de ser válida para todo tiempo y para todo lugar, la concepción dinámica del ordenamiento jurídico, tal y como ha sido expuesta por Kelsen y su escuela, es el reflejo de aquel proceso de legalización de los poderes estatales que Max Weber ha descrito como paso histórico del poder tradicional al poder legal.

También respecto a las exigencias que se orientaban a dar cualquier garantía contra las distintas formas de usurpación del poder legítimo, como se diría hoy contra su deslegitimación, me

parece que la mayor parte de los remedios pueden ser comprendidos en las dos instituciones principales que caracterizan la concepción democrática del Estado (los relativos al abuso de poder caracterizan más bien la concepción liberal). El primero es la constitucionalización de la oposición, que permite, es decir, convierte en lícita, la formación de un poder alternativo, si bien dentro de los límites de las llamadas reglas del juego, es decir, de un verdadero y propio contrapoder que puede considerarse, un poco paradójicamente, como una forma de usurpación legalizada. El segundo es la investidura popular de los gobernantes y la verificación periódica de ésta por parte del pueblo a través de la gradual extensión del sufragio hasta el límite no superado posteriormente del sufragio universal masculino y femenino: la institución del sufragio universal puede ser considerada como el medio a través del cual se produce la constitucionalización del poder del pueblo a sustituir a los gobernantes, si bien también aquí dentro de los límites de normas preestablecidas, de un poder que antes era reservado exclusivamente al hecho revolucionario (también en este caso se trata de un hecho que se transforma en Derecho o, según el modelo iusnaturalista, de un Derecho natural que se convierte en positivo).

4. Nuestro renovado interés por el problema de la resistencia deriva del hecho de que ya sea sobre el plano ideológico, ya sea sobre el institucional, se ha producido una inversión de tendencia respecto a la concepción y a las praxis políticas a través de la cual se fue formando el Estado liberal y democrático del siglo XIX.

Ahora nosotros sabemos con certeza algunas cosas: *a)* el desarrollo de la sociedad industrial no ha disminuido las funciones del Estado, como creyeron los liberales que aseguraban la absoluta validez de las leyes de la evolución, sino que las ha aumentado desmesuradamente; *b)* en los países donde se ha producido la revolución socialista la idea de la desaparición del Estado ha sido por ahora abandonada; *c)* las ideas libertarias continúan alimentando a pequeños grupos de utópicos sociales y no se han transformado en un verdadero y propio movimiento político. El enorme interés suscitado en estos últimos años por la obra de Max Weber deriva también del hecho de que él, como buen conservador, y como realista desencantado como son a menudo los conservadores con aliento religioso, vio avanzar amenazante

pero inevitable, junto al desarrollo de la sociedad industrial, fuese ésta promovida por una estirpe de empresarios o por una clase de funcionarios del Estado colectivista, la era del dominio de los aparatos burocráticos; no la debilitación, sino el reforzamiento del Estado.

Desde el punto de vista institucional la situación de nuestro tiempo está caracterizada, no sólo, como es natural, en los países con economía colectivista, sino también en los países capitalistas, por un proceso inverso al que habíamos llamado de desmonopolización del poder económico e ideológico, es decir, de un proceso que se mueve ya sea hacia la remonopolización del poder económico a través de la progresiva concentración de las empresas y de los bancos, ya hacia la remonopolización del poder ideológico a través de la formación de los grandes partidos de masas, hasta el límite del partido único que detenta el Derecho, en mayor medida que el soberano absoluto de otros tiempos (verdadero y propio «nuevo Príncipe»), de establecer aquello que es bueno y aquello que es malo para la salvación de sus súbditos, y a través del control que los detentadores del poder económico tienen, en los países capitalistas, de los medios de formación de la opinión pública.

La ilusión jurídico-institucional del siglo pasado consistía en la creencia de que el sistema político fuese o autosuficiente y, por consiguiente, gozase de cierta independencia respecto al sistema social global, o bien fuese él mismo el sistema dominante, y que, por tanto, bastaba buscar remedios idóneos en el control del sistema político para controlar el sistema de poder de la sociedad entera. Hoy, en cambio, nos damos cada vez más cuenta de que el sistema político es un subsistema del sistema global y que el control del primero no implica, de hecho, el control del segundo. De los cuatro remedios de los que habíamos hablado en el páragrafo precedente, aquel que parecía más decisivo, el cuarto, o bien el control del pueblo, el poder de todos, la democracia participativa, el Estado fundado sobre el consenso, la realización extrema del ideal roussoniano de la libertad como autonomía, es también aquel sobre el que se apuntan con particular ensañamiento las formas más recientes y más insistentes de contestación.

En comparación con la democracia de inspiración roussoniana, en efecto, la participación popular en los Estados democrá-

ticos reales está en crisis, al menos por tres razones: *a)* la participación se resuelve en la mejor de las hipótesis en la formación de la voluntad de la mayoría parlamentaria, pero el Parlamento no es ya, en la sociedad industrial avanzada, el centro del poder real, siendo, a menudo, solamente una cámara de registro de decisiones acordadas en otro lugar; *b)* incluso si el Parlamento fuese todavía el centro del poder real, la participación popular se limita, en intervalos más o menos largos, a dar la propia legitimación a una clase política restringida que tiende a la autoconservación, y que es cada vez menos representativa; *c)* incluso en el restringido ámbito de una elección, *una tantum* sin responsabilidad política directa, la participación está distorsionada, o manipulada, por la propaganda de las potentes organizaciones religiosas, de partidos, sindicales, etc. La participación democrática debería ser eficaz, directa y libre: la participación popular en las democracias incluso más progresistas no es ni eficaz, ni directa, ni libre. De la suma de estos tres defectos de participación popular nace la razón más grave de la crisis, esto es, la apatía política, el fenómeno tantas veces observado y condenado de la despolitización de las masas en los Estados dominados por los grandes aparatos de partido. La democracia roussoniana o es participante o no es nada.

No es que falten las propuestas de remedios para reavivar la participación y hacerla más eficaz. *Sub a)* la institucionalización de órganos de decisión popular fuera de las instituciones clásicas del gobierno parlamentario (la llamada democracia de los consejos); *sub b)* la democracia directa o asamblearia (uno de los temas más difundidos de la contestación); *sub c)* el control popular de los medios de información y de propaganda, etc. Pero es en este punto en el que emergen las propuestas más radicales, que sobrepasan la línea de la democracia participativa, y vuelven a poner en circulación los temas tradicionales del derecho a la resistencia y a la revolución.

5. Es natural que allí donde el tipo de Estado que había pretendido absorber el derecho de resistencia constitucionalizándolo está en crisis, se reabra el viejo problema y se repitan, aunque con ropajes distintos, las viejas soluciones, las cuales iban, entonces, de la obediencia pasiva al tiranicidio, y van ahora de la desobediencia civil a la guerrilla.

La vuelta a los viejos problemas que parecían haber prescrito

no es ni un desenterramiento ni una repetición. Los problemas aparecen cuando ciertas condiciones históricas los hacen nacer y asumen cada vez aspectos distintos, adecuados a las circunstancias. Entre las viejas teorías sobre el derecho de resistencia y las nuevas existen diferencias que merecen ser destacadas, si bien, por ahora, con algunas anotaciones que exigen una profundización:

a) El problema de la resistencia es visto hoy (y también ésta es una consecuencia de la sociedad de masas) como fenómeno colectivo y no individual, ya sea respecto al sujeto activo, ya sea respecto al sujeto pasivo del acto o de los actos de resistencia. No quiero decir con esto que no estuviese prevista por los viejos escritores también la resistencia colectiva (Grocio le dedica un capítulo, el cuarto del libro primero de su célebre tratado), pero el caso extremo y más problemático era siempre la muerte del tirano. Ahora las cosas son muy distintas: de un lado, ha quedado como fenómeno típico de resistencia individual la objeción de conciencia, pero ésta es manifiestamente un residuo de posturas religiosas debidas, en gran parte, a las sectas no conformistas. Del otro, también los anarquistas no hacen ya atentados a los jefes de Estado: deberíamos señalar la constatación de que los atentados individuales son hoy, por lo general, tarea de fuerzas reaccionarias.

b) Si es verdad que las situaciones en las que nace el derecho de resistencia no son hoy distintas de aquellas presumidas por los viejos escritores del siglo XVI y XVII, o sea, *conquista, usurpación, ejercicio abusivo del poder* (en la resistencia armada italiana desde 1943 a 1945 se necesitaron todas, la primera contra los alemanes, la segunda y la tercera contra los fascistas republicanos), existe una gran diferencia respecto al tipo de *opresión* a la que se declara lícito resistir: religiosa en los primeros monarcómacos, política en Locke, nacional y de clase o económica hoy en la lucha por la liberación de los pueblos del Tercer Mundo y en los distintos movimientos revolucionarios de inspiración comunista o castrista, etc. Esto que hoy se tiende a derribar no es una forma determinada de Estado (las formas degeneradas de Estado, según la clasificación tradicional aristotélica), sino una forma determinada de sociedad, de la que las instituciones políticas son sólo un aspecto. Nadie piensa hoy que se pueda renovar el mundo abatiendo a un tirano. Podríamos decir que

se ha producido el derrumbamiento radical de la fórmula de Hobbes: para Hobbes todos los Estados son buenos (el Estado es bueno sólo por el hecho de ser Estado), mientras hoy todos los Estados son malos (el Estado es malo, esencialmente, sólo por el hecho de ser Estado).

c) La diferencia más grande, por otro lado, está, a mi parecer, en la motivación y en las consecuentes argumentaciones (o «derivaciones») con las que se afronta el problema. Mientras las viejas teorías discutían en torno a la licitud o ilicitud de la resistencia en sus distintas formas, esto es, situaban el problema en términos jurídicos, quien discute hoy de resistencia o de revolución lo hace en términos esencialmente políticos, esto es, se plantea el problema de su oportunidad o de su eficacia; no se pregunta si es justa y, por consiguiente, constituye un derecho, sino si es conforme al fin. Dominante la concepción positivista del Derecho por la que éste se identifica con el conjunto de normas que tienen en su propio sustento la fuerza monopolizada, el problema de un derecho a la resistencia (expresión en la que «derecho» no puede tener otro significado que «derecho natural») no tiene ya ningún sentido. No se trata de tener el derecho a sacudirse el yugo colonial o de clase, se trata de tener la fuerza. El discurso no versa tanto sobre derechos y deberes cuanto sobre las *técnicas* más idóneas de utilizar la fuerza si fuera necesario: técnicas de la guerrilla *versus* técnicas de la no-violencia. Así es que junto a la crisis de las viejas teorías de la guerra asistimos a la crisis de las teorías, todavía dominantes en el iluminismo, de la revolución justa.

6. Quien quisiese buscar una verificación de cuanto se ha dicho debería hacer un análisis, más preciso del que se puede hacer en esta ocasión, de las características de los dos grandes movimientos de resistencia que encontramos en el mundo, los que encabezan los partidos revolucionarios (en sus distintas acepciones) y los dirigidos por los movimientos de desobediencia civil. Para entendernos, admitiendo articulaciones internas: leninismo y gandhismo. La discriminación entre uno y otro es el uso de la violencia, y, por consiguiente, desde el punto de vista ideológico la justificación o no-justificación de la violencia. Bajo este aspecto la fenomenología de los movimientos actuales no se diferencia de la antigua: también en los viejos tratados sobre las distintas formas de resistencia la diferencia que distinguía la resis-

tencia activa de la pasiva era el uso de la violencia. Hoy, la diferencia está principalmente, como se ha dicho, en el tipo de argumentaciones con las que se justifica este uso (o este rechazo): más política, como se ha dicho, que jurídica (o ética).

La cosa es bastante obvia para el partido revolucionario cuya teorización trae su matriz de una doctrina realista, en el sentido maquiavélico de la palabra, como la marxista y aún más como la leninista (según la cual el fin justifica los medios). Otra diferencia entre la teoría de la violencia revolucionaria de hoy y la de ayer (las teorías iusnaturalistas) está en el hecho de que para ésta la violencia estatal era un caso límite que debía ser cada vez indivualizado (como se decía, conquista, usurpación, abuso de poder, etc.); para la primera, en cambio, el Estado en cuanto tal (anarquismo), o el Estado burgués en cuanto tal, esto es, en cuanto fundado en la opresión de una clase restringida de privilegiados sobre una clase numerosa de explotados (comunismo), es violento. El Estado es «violencia concentrada y organizada de la sociedad», según la famosa frase de Marx, que es uno de los temas conductores de la teoría revolucionaria que pasa a través de Lenin, hasta llegar a Mao, a la guerra popular, a la guerrilla, etc. Nueva en relación con la teoría tradicional es la justificación también de aquel exceso de violencia en el que consiste el terror, de Robespierre a Mao; del cual se puede recordar una tesis igualmente famosa: «... ha sido necesario crear un breve reino del terror en cada zona rural... Para reparar un mal es necesario superar los límites».

Menos obvio y, por consiguiente, más interesante es que la misma teoría de la desobediencia civil —de la obediencia pasiva de origen exclusivamente religioso, de Thoreau, que representa en todo momento un caso individual (no pagar impuestos si éstos sirven para la continuidad de una guerra injusta), de Tolstoi, al método *satyagraha* de Gandhi— ha recorrido un largo camino sobre la senda del realismo político, esto es, de su justificación política. Ante todo el hecho de que se trate de un comportamiento colectivo y no ya individual, esto es, de un comportamiento para el que ha estado siempre justificada más fácilmente la violencia, implica una revisión del tradicional contraste entre ética individual (en la que la violencia es comúnmente ilícita) y ética de grupo (en la que la violencia es considerada lícita). Una de las características de la ética gandhiana es propiamente aque-

lla de no admitir diferencia alguna entre lo que es lícito al individuo y lo que es lícito al grupo organizado. En segundo lugar, con la teoría y la praxis gandhiana se ha introducido en el ámbito de la que tradicionalmente ha sido llamada resistencia pasiva una posterior distinción, entre *no-violencia negativa* y *no-violencia positiva*. Uno de los preceptos fundamentales de la predicación gandhiana es que las campañas no violentas deben estar siempre acompañadas del llamado «trabajo constructivo», es decir, de todo aquel conjunto de comportamientos que deben demostrar al adversario que con ellos no se propone solamente derrotarlo, sino también construir un modo mejor de convivencia (del que el mismo adversario deberá sacar ventaja). En definitiva, la justificación que hoy se tiende a dar de la no-violencia (nueva encarnación de las doctrinas tradicionales de la resistencia pasiva) no es ya religiosa o ética, sino política. Al menos en dos direcciones: *a)* toma de conciencia del hecho de que el uso de ciertos medios perjudica la consecución del fin, el uso de medios no violentos se convierte políticamente en más productivo por el hecho de que sólo una sociedad que nace de la no-violencia será a su vez no-violenta, mientras que una sociedad que nace de la violencia no podrá conservarse sin ella; lo que en otras palabras quiere decir que la no-violencia sirve al logro del fin último (al que tiende incluso el revolucionario que utiliza la violencia), una sociedad más libre y más justa, sin oprimidos ni opresores, mejor que la violencia; *b)* frente a las dimensiones siempre gigantescas de la violencia institucionalizada y organizada, y a su enorme capacidad destructiva, la práctica de la no-violencia es seguramente la única forma de presión que sirve en última instancia para modificar las relaciones de poder. La no-violencia como única alternativa política posible (entiéndase, política) a la violencia del sistema [4].

7. Concluyo con algunas observaciones (también éstas apenas esbozadas) sobre la tipología de las distintas formas que puede asumir la desobediencia civil. Conviene antes de nada hacer una distinción entre la inobservancia de una ley que prohíbe consistente en una acción positiva, en un hacer (como el *sit-in* de los negros en los restaurantes o en los autobuses que les son impedidos ambos, o el reunirse en una manifestación cuando está prohibida a pesar de esta prohibición), y la inejecución de una ley imperativa que consiste en una omisión o en una abstención

(ejemplo típico lo constituye el no pagar los impuestos, el no prestar el servicio militar). Existe por lo demás una diferencia entre el no hacer aquello que está mandado y hacer lo contrario de aquello que está mandado: frente a la orden de desocupar una plaza, sentarse en el suelo. Se pueden hacer actos de resistencia pasiva no sólo no haciendo aquello que se debe hacer sino también haciendo de más, extralimitándose (como es el caso del obstruccionismo parlamentario).

Las distintas fo·mas de desobediencia civil deben todavía ser distinguidas de las técnicas de presión no violenta que atacan intereses económicos. También éstas pueden ser distintas según consistan en abstenciones, como la huelga o el boicot, o en acciones, como la ocupación de una tierra, de una casa o de una fábrica, o la huelga de celo.

Unas y otras, pues, se distinguen de las llamadas acciones ejemplares, como el ayuno prolongado (quemarse a lo bonzo es una acción ejemplar pero no entra en las técnicas de la no-violencia, siendo una violencia extrema sobre sí mismo).

A pesar de estas diferencias, estas técnicas distintas tienen en común el fin principal, que es más bien el de paralizar, neutralizar, poner en dificultad al adversario más que envilecerlo o destruirlo; hacer difícil o sin más imposible la consecución del fin del otro antes que perseguir directamente el objetivo de sustituirle. No ofenderlo pero hacerlo inofensivo. No contraponer al poder otro poder, un contra-poder, pero hacer al poder impotente.

Me pregunto en definitiva si no sería oportuno diferenciar las distintas formas de resistencia pasiva que, repito, corresponden a la resistencia no violenta, del *poder negativo,* si por poder negativo se entiende el poder de veto, esto es, el poder, por decirlo con Rousseau, de aquel órgano o de aquella persona que «no pudiendo hacer nada, puede impedir todo» [5]. La discusión de este problema adquiere particular interés en este congreso relativo a los estudios, estimulantes por la novedad del planteamiento, y útiles por la documentación copiosa, que les ha dedicado Pierangelo Catalano, el cual tiende a comprender en el poder negativo formas de resistencia, como por ejemplo la huelga, que no me parece que se puedan reducir *sic et simpliciter* al poder de veto [6]. Entiendo que cierta confusión puede derivar del hecho de que tanto la huelga como el poder de veto se dirigen al mis-

mo fin, que es el de paralizar el ejercicio de un poder dominante. Con todo, existen otras diferencias que merecen ser destacadas.

Para comenzar, si es cierto que o bien la una o bien el otro pueden ser considerados como formas de ejercicio de poder impeditivo, una cosa es impedir que una ley, un mandato, una orden, o incluso una decisión, se cree (poder de veto), otra es hacerlo ineficaz una vez creada desobedeciéndola, sin contar que hay formas de resistencia pasiva, como la huelga, el boicot, etc., que no consisten en una desobediencia a la ley. Además, el poder de veto se resuelve generalmente en una declaración de voluntad (en una proposición «performativa», diría J. L. Austin), mientras la resistencia pasiva consiste en comportamientos comisivos u omisivos. El poder de veto está generalmente institucionalizado, es decir, deriva de una norma secundaria permisiva (a no ser que planteemos la hipótesis del caso extremo de invasión por parte de la muchedumbre del Parlamento, mientras está por aprobar una ley: pero, ¿diríamos verdaderamente que en este caso la muchedumbre ha ejercido el derecho de veto?); mientras las distintas formas de resistencia pasiva nacen fuera del cuadro de las instituciones vigentes, aunque algunas de ellas sean luego en un segundo momento institucionalizadas. El poder dc veto está normalmente ejercido desde el vértice (piénsese en el veto del jefe del Estado en relación a una ley aprobada por el Parlamento, o en el de uno de los miembros del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas); la resistencia pasiva, desde la base. El poder de veto es a menudo el residuo de un poder que se resiste a desaparecer; la resistencia pasiva puede ser la primera escaramuza de un poder que nace. El poder de veto sirve a menudo para la conservación del *status quo;* la resistencia pasiva mira generalmente al cambio. En suma, me parece que poder de veto y resistencia pasiva son tanto estructural cuanto funcionalmente dos cosas distintas: por lo que tendría algunas dudas sobre la oportunidad de encerrar en la misma categoría y colocarlas bajo la misma denominación de poderes negativos.

NOTAS AL CAPITULO XI

[1] G. Lavau, «La contestazione politica», en *Il Mulino*, XX, núm. 214, marzo-abril 1971, págs. 195-217.

[2] Lavau, «La contestazione política», cit., pág. 202.

[3] N. Bobbio, «Sul principio di legittimità» (1964), en *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turín, 1970, págs. 79-93. [Hay traducción castellana del trabajo de Alfonso Ruiz Miguel, recogida en el volumen de N. Bobbio, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1990.]

[4] Debo mi iniciación a la ética gandhiana de la no violencia de manera principal a Giuliano Pontara, desde su ensayo «Etica e conflitti di gruppo», en *De Homine*, núm. 24-25, 1969, págs. 71-90, hasta su reciente libro *Antigone e Creonte. Etica e politica nell'era atomica*, Editori Riuniti, Roma, 1990.

[5] *Contrat social*, IV, 5. [Hay versión castellana de Fernando de los Ríos, con prólogo de Manuel Tuñón de Lara, en la editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1975.]

[6] Me refiero particularmente a los dos ensayos «Diritti di libertà e potere negativo», en *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padua, 1969, y «Tribunato e resistenza», Paravia, Turín, 1971.

XII

Contra la pena de muerte

1. Si nos fijamos en el más que milenario curso de la historia humana debemos reconocer, nos guste o no, que el debate sobre la abolición de la pena de muerte apenas ha comenzado. Durante siglos el problema sobre si fuese o no lícito (o justo) condenar a muerte a un culpable no ha sido siquiera planteado. Que entre las penas a imponer a quien había incumplido las leyes de la tribu, o de la ciudad, o del pueblo, o del Estado, estuviese también la pena de muerte, y que anteriormente ésta fuese la reina de las penas, la que satisfacía al mismo tiempo la necesidad de venganza, de justicia y de seguridad de la colectividad hacia uno de sus miembros infectados, no ha sido nunca puesto en duda. Para comenzar, tomemos un libro clásico, el primer gran libro sobre las leyes y sobre la justicia de nuestra civilización occidentales: las *Leyes*, los *Nòmoi,* de Platón. En el libro IX Platón de-

dica algunas páginas al problema de las leyes penales. Reconoce que «la pena debe tener como fin mejorar», pero añade que «si se demuestra que el delincuente es incurable, la muerte será para él el menor de los males» [1]. No voy a repetir todas las veces que se habla en este libro de la pena de muerte respecto a una serie amplia de delitos, contra la divinidad y el culto, contra los progenitores, contra el padre y la madre, o, en general, los homicidios voluntarios. Precisamente hablando de homicidas voluntarios se dice en cierto momento que deben «necesariamente pagar con la pena natural», es decir, la de «padecer lo que han hecho» (870 e) [2]. Llamo la atención sobre el adjetivo «natural», y sobre el principio del «padecer» lo que ha sido hecho. Este principio, que tiene su origen en la doctrina del trueque, más antigua aún que la de Platón, que la de los pitagóricos, y que será formulado por los juristas medievales y repetido durante siglos con la famosa expresión según la cual el *malum passionis* debe corresponder al *malum actionis,* recorre toda la historia del Derecho penal y llega absolutamente intacto hasta nosotros. Como veremos más adelante, es una de las justificaciones más comunes de la pena de muerte.

He citado este texto célebre de la antigüedad sólo para dar un testimonio —lo más reconocido posible— de cómo la pena de muerte ha sido considerada no sólo como perfectamente legítima, sino como «natural», desde el inicio de nuestra civilización, y del hecho de que el aceptarla como pena no ha constituido nunca un problema. Habría podido citar muchos otros textos. La aceptación de la pena de muerte es tan poco problemática como una religión de la no violencia, del *noli resistere malo,* una religión que alza, sobre todo en sus primeros siglos, el problema de la objeción de conciencia al servicio militar y a la obligación de llevar las armas, una religión que tiene por divino inspirador un condenado a muerte, no ha atacado nunca sustancialmente la práctica de la pena capital.

2. Se necesita alcanzar el iluminismo, en el corazón del siglo XVIII, para encontrarse por *primera vez* frente a un serio y amplio debate sobre la licitud u oportunidad de la pena capital, lo cual no quiere decir que antes de ese momento el problema no hubiese sido nunca planteado. La importancia histórica, que no será nunca subrayada suficientemente, del famoso libro de Beccaria (1764) radica precisamente en esto: es la primera obra

que afronta seriamente el problema y ofrece algunos argumentos racionales para darle una solución que contrasta con una tradición secular.

Conviene decir de inmediato que el punto de partida del que arranca Beccaria para su argumentación es la función exclusivamente intimidatoria de la pena. «El fin (de la pena) no es otro que impedir al reo realizar nuevos daños a los ciudadanos y desanimar a los demás de hacerlos» [3]. Veremos, en seguida, qué importancia tenía este punto para el desarrollo del tema. Si éste es el punto de partida, se trata de saber cuál es la fuerza intimidatoria de la pena de muerte respecto a las demás. Y es esto lo que se plantea todavía hoy, y que ha sostenido Amnistía Internacional innumerables veces. La respuesta de Beccaria deriva del principio introducido en el parágrafo titulado «Dulzura de las penas». El principio es el siguiente: «Uno de los mayores frenos de los delitos no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad, y, por consiguiente, la vigilancia de los magistrados y la severidad de un juez inexorable que, para ser una eficaz virtud, debe estar acompañada por una dulce legislación» [4]. Moderación de las penas. No es necesario que las penas sean crueles para ser intimidatorias. Es suficiente que sean ciertas. Lo que constituye una razón, o mejor la razón principal, para no cometer el delito, no es tanto la severidad de la pena cuanto la certeza de ser castigado de cualquier forma. Como argumento complementario, Beccaria introduce también un segundo principio, además del de la certeza de la pena: la intimidación nace no ya de la intensidad de la pena, sino de su extensión, por ejemplo la cadena perpetua. La pena de muerte es muy intensa, mientras que la cadena perpetua es muy extensa. Por consiguiente, la pérdida total y perpetua de la propia libertad es más intimidatoria que la pena de muerte.

Ambos argumentos son utilitaristas, en el sentido de que responden a la utilidad de la pena de muerte («ni útil ni necesaria», así se expresa Beccaria iniciando su argumentación) [5]. A estos argumentos añade otro que ha provocado las mayores perplejidades (y que de hecho ha sido hoy en gran parte abandonado). El argumento llamado contractualista, que deriva de la teoría del contrato social y del origen convencional de la sociedad política. Este argumento se puede expresar de esta forma: si la sociedad política deriva de un acuerdo entre los individuos que renuncian

a vivir en el estado de naturaleza y se dan leyes para protegerse de las vicisitudes, es inconcebible que estos individuos hayan puesto a disposición de sus semejantes también el derecho a la vida.

Es sabido que el libro de Beccaria obtuvo un estrepitoso éxito. Basta pensar en la acogida de Voltaire: gran parte de la fama del libro de Beccaria es debida, sobre todo, al hecho de la muy favorable valoración de Voltaire. Beccaria era un ilustre desconocido, mientras que en la patria de las luces, que era Francia, Voltaire era Voltaire. Es sabido, además, que por influencia del debate que sobre la pena de muerte se desarrolla en aquellos años surgió la primera ley penal que abolió la pena de muerte: la ley toscana de 1786, que en el parágrafo 51, después de una serie de consideraciones entre las cuales aparece, una vez más, sobre todo la función intimidadora, pero no está plasmada la función correctora de la pena («la corrección del reo, hijo también de la sociedad y del Estado»), declara «abolir para siempre la pena de muerte contra cualquier reo, esté presente o en rebeldía, y aun confeso y convicto de cualquier delito declarado capital por las leyes hasta ahora promulgadas, todas las cuales decretamos en este sentido derogadas y abolidas» [6].

Quizá es todavía más clamoroso el eco que tuvo en la Rusia de Catalina II, en cuya célebre *Istruzione,* propuesta a finales de 1765, por consiguiente inmediatamente después de la aparición del libro de Beccaria, se lee: «La experiencia de todos los siglos prueba que la pena de muerte jamás ha favorecido a una nación.» Sigue una frase que parece cogida literalmente del libro de Beccaria: «Si, por consiguiente, demuestro que en el estado ordinario de la sociedad la muerte de un ciudadano no es ni útil ni necesaria, habrá vencido la causa de la humanidad» [7].

3. Es necesario, sin embargo, añadir que, a pesar del éxito literario del libro en el público culto, no sólo la pena de muerte no fue abolida en los países civilizados, o que se consideraban civilizados en su tiempo y en relación a los países considerados bárbaros, por no decir salvajes, sino que la causa de la abolición no estaba destinada a prevalecer en la filosofía penal de ese tiempo. Se podrían mostrar muchas citas. Escojo tres entre los más ilustres pensadores del momento: Rousseau, en el *Contratto sociale* (que apareció en 1762, dos años antes del libro de Beccaria), el gran Kant y el todavía más grande Hegel. En el capítulo

del *Contratto sociale* titulado «Della vita e della morte», Rousseau había refutado anticipadamente el argumento contractualista. No es cierto, sostenía, que el individuo, concordando con los demás constituir un Estado, se reserve el derecho a la vida en todo momento: «Para no ser víctima de un asesino se acepta morir si uno se convierte en tal» [8]. Por tanto, el atribuir al Estado también el derecho a la propia vida sirve no para destruirla, sino para garantizarla frente a los ataques ajenos.

Pocos años después de la publicación de *Del delitti e delle pene,* otro ilustre escritor político, Filangieri, en la *Scienza della legislazione* (1783), la mayor obra italiana de filosofía política de la segunda mitad del siglo XVIII, tacha de «sofista» al argumento contractualista de Beccaria y sostiene que, si en el estado de naturaleza el hombre tiene el derecho a la vida, y es además cierto que no puede renunciar a este derecho, puede *perderlo* por sus delitos. Si puede perderlo en el estado de naturaleza, no se entiende por qué no puede perderlo en el estado civil, que es instituido con el fin no ya de crear un nuevo derecho, sino de hacer seguro el ejercicio del antigo, es decir, del derecho del ofendido a reaccionar con la fuerza a la fuerza, de responder al ataque a su vida con el ataque a la vida del otro.

Los dos mayores filósofos de ese tiempo, uno antes de la Revolución Francesa, el otro después, Kant y Hegel, sostienen una rigurosa teoría retributiva de la pena y llegan a la conclusión de que la pena de muerte es, desde luego, deseable. Kant, partiendo de la concepción retributiva de la pena, según la cual la función de ésta no es la de prevenir los delitos, sino simplemente la de hacer justicia, es decir, actuar de modo que se establezca una correspondencia perfecta entre el delito y el castigo (se trata de la justicia como igualdad, de la igualdad que los antiguos llamaban «correctiva»), sostiene que el deber de la pena de muerte corresponde al Estado y es, no un imperativo hipotético, sino un imperativo categórico, fundado en la relación medio-fin. Cito directamente el texto, escogiendo la frase más significativa: «Si ha matado, *debe morir.* No hay ningún equivalente, ninguna conmutación de pena, que pueda satisfacer la justicia. No existe ningún *parangón* entre una vida, por penosa que sea, y la muerte, y, en consecuencia, tampoco hay compensación entre el delito y el castigo, si no es matando al culpable por disposición judicial, aunque ciertamente con una muerte libre de cualquier ultraje

que convierta en un espantapájaros la humanidad en la persona del que la sufre» [9].

Hegel va todavía más lejos. Después de haber rechazado el argumento contractualista de Beccaria negando que el Estado pueda nacer de un contrato, sostiene que el delincuente no sólo debe ser castigado con una pena congruente con el delito cometido, sino que tiene el derecho a ser castigado con la muerte porque sólo el castigo le redime y es sólo castigándole como se le reconoce como ser racional (más bien se le «honra», dice Hegel). En una *addenda* tiene, sin embargo, la lealtad de reconocer que la obra de Beccaria tuvo, al menos, el efecto de reducir el número de condenas de muerte [10].

4. La adversidad quiso que, mientras los más importantes filósofos de ese tiempo continuaban sosteniendo la legitimidad de la pena de muerte, uno de los mayores partidarios de su abolición fue, como es sabido, en un famoso discurso en la Asamblea Constituyente de mayo de 1791, Robespierre, que pasaría a la historia, en la época de la Restauración (la época en la que Hegel escribe su obra), como el mayor responsable del terror revolucionario, del asesinato indiscriminado (del que él mismo fue víctima casi para demostrar la inexorabilidad de la ley que dice que la revolución devora a sus propios hijos, la violencia genera violencia, etc.). Es conveniente recordar este discurso de Robespierre porque contiene una de las condenas más persuasivas de la pena de muerte, desde el punto de vista de la argumentación. Rechaza, en primer lugar, el argumento de la intimidación, sosteniendo que no es cierto que la pena de muerte sea más intimidatoria que las demás, y pone el ejemplo casi ritual, ya empleado por Motesquieu, del Japón: entonces se sostenía que en Japón las penas eran atroces y que a pesar de eso era un país de criminales. Después, además de este argumento, rechaza también el argumento fundado en el consenso de las gentes y naturalmente el apoyo en la justicia. Aduce, finalmente, el argumento, que Beccaria no había planteado, de la irreversibilidad de los errores judiciales. Todo el discurso está inspirado en el principio de que la medida de las penas (y, por consiguiente, la inspiración en Beccaria es evidente) es prueba de civilización, mientras su crueldad caracteriza a los pueblos bárbaros (una vez más al Japón). No nos alejamos de la verdad si afirmamos que el más célebre e inteligente continuador (casi repetidor) de Beccaria haya sido —funestamente— Robespierre [11].

5. A pesar de la persistencia y predominio de las teorías antiabolucionistas, no puede decirse que el debate de la pena de muerte, iniciado por Beccaria, no haya tenido consecuencias. La contraposición entre abolicionistas y antiabolicionistas es demasiado simple y no representa exactamente la realidad. El debate en torno a la pena de muerte no tuvo como punto de mira solamente su abolición, sino antes que nada su limitación a algunos delitos graves, específicamente determinados, después la eliminación de los suplicios (o crueldades inútiles) que a menudo la acompañaban, y, en tercer lugar, su ostentosa publicidad. Cuando se deplora que la pena de muerte exista todavía en la mayor parte de los Estados, se olvida que el gran paso adelante dado por las legislaciones de casi todos los países en los dos últimos siglos ha consistido en la disminución de los delitos castigados con la pena de muerte. En Inglaterra eran todavía, al comienzo del siglo XIX, más de doscientos y entre éstos estaban incluidos algunos que ahora son castigados con pocos años de prisión. Incluso en los ordenamientos en los que la pena de muerte sobrevivía, y sobrevive aún, ésta es impuesta, casi exclusivamente, para el homicidio premeditado. Junto al enrarecimiento de los delitos capitales, se computa entre las medidas atenuadoras la supresión de la obligación de llevarla a cabo en los casos previstos, sustituida por el poder discrecional del juez o del jurado de inflingirla o no. Por lo que se refiere a la crueldad de la ejecución, basta la lectura del fascinante libro de Foucault *Vigilar y castigar,* publicado por Einaudi en traducción italiana, donde describe, en el capítulo titulado «El esplendor de los suplicios», algunos episodios horripilantes de ejecuciones capitales precedidas de largas y crueles torturas. Escribe un autor inglés del siglo XVIII, citado por Foucault, que muerte-suplicio es el arte de mantener la vida en el sufrimiento, dividiéndola en miles de muertes y obteniendo, antes de que la existencia cese, las más refinadas agonías. El suplicio es, por decirlo así, la multiplicación de la pena de muerte: como si la pena de muerte no bastase, el suplicio refinado mata a una persona varias veces. Responde a dos exigencias: debe ser infamante (sea por las cicatrices que deja en el cuerpo, sea por la resonancia que le acompaña) y clamoroso, es decir, debe ser conocido por todos.

Este elemento nos envía de nuevo al tema de la publicidad, y, por consiguiente, a la necesidad de que la ejecución fuese pú-

blica (publicidad que no desaparece, entiéndase, con la supresión de las ejecuciones públicas, porque se extiende al desfile por medio del gentío de los deportados en cadenas hacia los trabajos forzados). Hoy la mayor parte de los Estados que han conservado la pena de muerte la ejecutan con la discreción y la reserva con la que se cumple un doloroso deber. Muchos Estados no abolicionistas han tratado no solamente de eliminar los suplicios, sino de hacer a la pena de muerte todo lo menos dolorosa posible (o menos cruel). Naturalmente, no se conoce que lo hayan logrado: basta leer informes sobre las tres formas de ejecución más comunes, la guillotina francesa, la horca inglesa y la silla eléctrica en los Estados Unidos, para darse cuenta que no es del todo cierto que haya sido eliminado también el suplicio, porque la muerte no es siempre tan instantánea como se cree o se trate de hacer creer por quienes apoyan la pena capital. De todas formas es sustraída a las miradas públicas, aunque el eco de una ejecución capital en la prensa —y no hay que olvidar que en un régimen de libertad de prensa la del escándalo tiene un amplio espacio y difusión— sustituye a la presencia del público en la plaza, ante el patíbulo. Sobre la vergüenza de la publicidad, como argumento contra la pena de muerte, querría limitarme a recordar las invectivas de Victor Hugo que la combatió durante toda su vida denodadamente, con todo el poderío de su estilo elocuente (aunque hoy nos pueda parecer grandilocuente). Recientemente ha sido publicado en Francia un libro que recoge los escritos de Victor Hugo sobre la pena de muerte: un manantial de citas. De la lectura de estas páginas se desprende que lucha durante toda su vida contra tal pena, en cualquier ocasión, tanto como político como a través de sus escritos, poesías y novelas. Las invectivas toman casi siempre como inspiración la visión o la descripción de una ejecución. Escribe en los *Miserables:* «El patíbulo, cuando está allí, enderezado en alto, tiene algo de alucinante. Se puede ser indiferente hacia la pena de muerte y no pronunciarse, no diré ni sí ni no, hasta que no se ha visto una guillotina. Pero si se encuentra una, la sacudida es violenta y es necesario decidirse a tomar partido en pro o en contra.» Recuerda que a los dieciséis años vio marcar a una ladrona por un verdugo con un hierro candente: «... escucho todavía y tendré siempre en el alma, después de más de cuarenta años, el espantoso grito de la mujer. Era una ladrona, pero desde aquel momento se convirtió para mí en una mártir» [12].

He querido llamar la atención sobre esta evolución en el interior de la institución de la pena de muerte para mostrar que si bien no ha sido abolida, la polémica iluminista no ha carecido de efectos. Querría todavía añadir que, a menudo, incluso cuando la pena de muerte ha sido pronunciada por un tribunal, no siempre es cumplida: se suspende, se cambia o el condenado es indultado. En los Estados Unidos el caso de Gary Gilmore, que fue ajusticiado en enero de 1977 en el Estado de Utah, provocó gran alboroto porque desde 1967 (diez años antes) no había sido ajusticiado nadie. En 1972 una famosa sentencia de la Corte Suprema estableció, sobre la base de la VIII Enmienda, que prohíbe imponer penas crueles e inusitadas («inusuales»), que muchas de las circunstancias en las que la pena capital se aplicaba eran inconstitucionales. Sin embargo, en 1976 otra decisión cambió la interpretación afirmando que la pena de muerte no siempre viola la Constitución y abrió el camino a una nueva ejecución, precisamente la de Gilmore. El hecho de que una condena a muerte suscitase tantas discusiones y revitalizase las asociaciones abolicionistas muestra que también en los países donde existe todavía la pena de muerte hay una vigilante y sensible opinión pública que se opone a su aplicación.

6. De lo que he dicho hasta aquí se desprende, con bastante claridad, que los argumentos en pro y en contra dependen, casi siempre, de la concepción que los dos contendientes tienen de la función de la pena. Las tradicionales son principalmente dos: la retributiva, que reposa sobre la regla de la justicia como igualdad (la hemos visto en Kant y en Hegel), o correspondencia entre iguales, según la máxima que es justo que quien ha cometido una acción malvada sea castigado con el mismo mal que ha causado a otro (la ley del talión, del trueque, del contrapeso de la que es ejemplo conocidísimo el infierno de Dante), y, por consiguiente, es justo (justicia quiere) que quien mate sea muerto (no tiene derecho a la vida quien no la respeta, pierde el derecho a la vida quien la ha quitado a otro, etc.); y la preventiva, según la cual la función de la pena es la de desalentar con la amenaza de un mal las acciones que un determinado ordenamiento considera dañosas. En relación a esta concepción de la pena va de suyo que ésta está justificada sólo si se puede demostrar que su efecto intimidatorio es grande y superior al de cualquier otra pena (incluida la cadena perpetua). Las dos concepciones de la

pena se contraponen también como concepción *ética* y concepción *utilitarista,* y se fundan en dos teorías distintas de la ética, la primera, sobre una ética de los principios o de la justicia, la segunda, sobre una utilitarista, que ha prevalecido en los últimos siglos e incluso hoy predomina en el mundo anglosajón. Puede decirse, en general, que los antiabolicionistas apelan a la primera (por ejemplo, Kant y Hegel), mientras que los abolicionistas a la segunda (por ejemplo, Beccaria).

Permítaseme exponer un episodio histórico, normalmente evocado en un debate como el nuestro, que sucede nada menos que en el 428 a. C., tomado de las *Historias* de Tucídides [13]. Los atenienses deben decidir la suerte de los habitantes de Mitilene que se han rebelado. Hablan dos oradores: Cleone sostiene que los rebeldes deben ser condenados a muerte porque tiene que realizarse el trueque y deben ser castigados como merecen; además añade que sus cómplices sabrán que quien se rebela será castigado con la muerte; Diodoto, al contrario, sostiene que la pena de muerte no sirve para nada porque «es imposible —y da prueba de gran ingenuidad quien lo piensa— que la naturaleza humana, cuando es lanzada bruscamente a realizar cualquier proyecto, pueda tener freno en la fuerza de las leyes o en cualquier otra amenaza, por lo que es necesario evitar una excesiva confianza como la que se tenía en la pena de muerte como garantía segura para impedir el mal» [14]. Continúa sugiriendo atenerse a un criterio de utilidad y, antes que matar a los habitantes de Mitilene, hacerles aliados.

7. En realidad el debate es un poco más complicado, ya que las concepciones de la pena no son sólo estas dos (aunque estas dos son, en gran medida, las predominantes). Recuerdo, al menos, otras tres: la pena como expiración, como corrección y como defensa social. De éstas, la primera parece más favorable a la abolición de la pena de muerte que a su mantenimiento: para expirar es necesario seguir viviendo. Pero se puede también sostener que la verdadera expiración es la muerte, entendida como purificación de la culpa, cancelación de la mancha: la sangre se lava con la sangre. En rigor, esta concepción de la pena es compatible tanto con la tesis del mantenimiento como con la de la abolición de la pena de muerte.

La segunda —la de la corrección— es la única que excluye totalmente la pena de muerte. Incluso el más perverso de los cri-

minales puede corregirse: si se le mata, se impide la vía del perfeccionamiento moral que no puede ser denegada a nadie. Cuando los iluministas consideraron sustituir la pena de muerte por los trabajos forzados justificaron a menudo su tesis sosteniendo que el trabajo redime. En el comentario al libro de Beccaria, Voltaire escribió, a propósito de la política penalística de Catalina II, favorable a la abolición: «Los delitos no se han multiplicado por causa de este trato humanitario y sucede, casi siempre, que los culpables, deportados a Siberia, se convierten en personas honradas», y poco más adelante añadió: «Obligad a los hombres al trabajo y les convertiréis en personas honestas» [15] (podríamos hacer una amplia argumentación sobre esta ideología del trabajo, cuya extrema, abominable, macabra, demoníaca consecuencia se reveló en el escrito que se alzaba a la entrada de los campos de concentración nazis: *Arbeit macht frei,* «El trabajo hace libres»).

La tercera concepción, la de la defensa social, es también ambigua: generalmente los defensores de la pena como defensa social han sido y son abolicionistas, pero lo son por razones humanitarias (incluso porque rechazan el concepto de culpa que está en la base de la concepción retributiva y que encuentra justificación solamente admitiendo la libertad del querer). Pero, en rigor, la defensa social no excluye la pena de muerte: se podría sostener que el mejor modo de defenderse de los criminales más peligrosos es el de eliminarlos.

8. Por muchas que sean las teorías de la pena, las dos principales son las que he llamado ética y utilitarista. Se trata de una confrontación que va más allá de dos modos distintos de concebir la pena, porque reenvía a un contraste más profundo entre dos éticas (o morales), entre dos criterios diferentes de juzgar el bien y el mal; en relación a los principios buenos acogidos como absolutamente válidos, o en relación a los resultados buenos, entendiéndose por resultados buenos los que conducen a la mayor utilidad del mayor número, como sostenían los utilitaristas, Beccaria, Bentham, etc. Una cosa es decir que no se debe hacer el mal porque existe una norma que lo prohíbe (por ejemplo, los diez mandamientos), otra, decir que no conviene hacer el mal porque tiene funestas consecuencias para la convivencia humana. Dos criterios distintos y que no coinciden, porque puede darse muy bien que una acción juzgada como mala, teniendo en

cuenta los principios, tenga consecuencias utilitariamente buenas, y viceversa.

A juzgar por la disputa en pro y contra de la pena de muerte, como se ha visto, se diría que los fautores de la misma siguen una concepción ética de la justicia, mientras los abolicionistas son seguidores de una teoría utilitarista. Reducidos a su esqueleto los dos razonamientos opuestos podrían ser resumidos en estas dos afirmaciones. Para unos «la pena de muerte es justa», para otros «la pena de muerte no es útil». Justa, para los primeros, independientemente de su utilidad. El razonamiento kantiano, desde este punto de vista, es imprescindible: considerar al condenado a muerte como un espantapájaros significaría reducir la persona a medio, hoy se diría que se la instrumentaliza. No útil para los segundos, independientemente de toda consideración de justicia. Dicho de otro modo: para los primeros, la pena de muerte podría incluso ser útil, pero no es justa; para los segundos, podría incluso ser justa, pero no es útil. Y, por consiguiente, mientras para los que parten de la teoría de la retribución la pena de muerte es un mal necesario (y quizá también un bien, como hemos visto en Hegel, porque restituye el orden violado), para los que parten de la teoría intimidatoria es un mal no necesario y, por consiguiente, no puede ser nunca considerada como un bien.

9. No hay duda que desde Beccaria en adelante el argumento fundamental de los abolicionistas haya sido el de su fuerza intimidatoria. Pero el que la pena de muerte tuviese menor fuerza intimidatoria que la de trabajos forzados era una afirmación fundada, entonces, sobre opiniones personales, derivadas, a su vez, de una valoración psicológica del estado de ánimo del criminal, no apoyada en alguna prueba. Desde que se ha aplicado al estudio de la criminalidad el método de la investigación positiva, se han realizado investigaciones empíricas sobre la mayor o menor persuasividad de las penas, confrontando los datos de la criminalidad en períodos y lugares con o sin pena de muerte. Estas indagaciones han sido naturalmente facilitadas en los Estados Unidos por el hecho de que hay Estados en los que está vigente la pena de muerte y otros en los que ha sido abolida. En Canadá un *moratorium act* de 1967, que suspendía la pena de muerte durante cinco años, permitió estudiar su incidencia sobre la criminalidad, comparando el presente con el pasado. Un examen

muy cuidadoso de estos estudios muestra, en realidad, que ninguna de estas investigaciones ha dado resultados totalmente persuasivos [16]. Baste pensar en todas las variables concomitantes que se necesita tener en cuenta, además de la relación simple entre disminución de las penas y aumento o disminución de los delitos. Por ejemplo, la certeza de la pena, problema ya planteado por Beccaria: ¿es más persuasiva la gravedad de la pena o su certeza? Sólo si la certeza permanece estable en los dos momentos, la comparación es posible. Es el caso del terrorismo en Italia: ¿qué contribuye en mayor medida a la derrota del terrorismo, el agravamiento de las penas o la mejora de los medios para descubrir a los terroristas?

Frente a los resultados hasta ahora aceptados, no siempre probatorios, de estos análisis, se acude, a menudo, a los sondeos de opinión (la opinión de los jueces, de los condenados a muerte o del público). Pero para comenzar, en materia del bien y del mal el principio de las mayorías no sirve; lo sabía, por otro lado, Beccaria, que había escrito: «Si se me opusiese el ejemplo de casi todos los siglos, y naciones, que han castigado con la pena de muerte algunos delitos, responderé que se borran frente a la verdad, contra la cual no hay prescripción; que la historia de los hombres nos da la idea de un inmenso océano de errores, entre los cuales pocas, confusas, y distantes en grandes intervalos, las verdades flotan» [17]. En segundo lugar, los sondeos de opinión prueban poco, porque están sujetos al cambio de humor de la gente que reacciona emotivamente frente a hechos de los que es espectador. Es sabido que el comportamiento del público frente a la pena de muerte varía según la situación de mayor o menor tranquilidad social. Si no se hubiese producido el terrorismo y el aumento de la criminalidad en estos años probablemente el problema de la pena de muerte no habría sido siquiera planteado. Italia fue uno de los primeros Estados que abolió la pena de muerte (1889, Código Penal Zanardelli): cuando Croce escribió la *Storia d'Italia* en 1928 afirmó que la abolición de la pena de muerte se había convertido en un hecho asumido y que la idea misma de su restauración era irreconciliable con el sentimiento nacional. Sin embargo, después de pocos años, el fascismo la restauró sin gran conmoción en la opinión pública, salvo la estéril protesta de algunos antifascistas. Entre ellas recuerdo el libro de 1932 de Paolo Rossi, que fue nombrado ministro de la Repúbli-

ca y también presidente de la Corte constitucional, *La pena di morte e la sua critica,* donde contra el proyecto del nuevo Código Penal, que se estaba entonces elaborando, el autor pronuncia una severa condena de la pena de muerte, recurriendo principalmente al argumento de la corrección.

El lado débil del argumento que funda la demanda de abolición de la pena de muerte en su menor fuerza intimidatoria deriva del hecho de que si se pudiese demostrar de modo irrefutable que la muerte tiene, por lo menos en determinadas situaciones, un poder persuasivo mayor que otras penas, debería ser mantenida o reestablecida. No se puede esconder la gravedad de la objeción. Por eso considero que no es un error fundar la tesis de la abolición sólo sobre el argumento utilitarista, pero sí que tiene grandes limitaciones.

Es verdad que existen otros argumentos secundarios, pero no son a mi parecer decisivos. Está el argumento de la irreversibilidad de la pena de muerte y, por consiguiente, de la irremediabilidad del error judicial. Pero los abolicionistas pueden siempre rebatir que la pena capital precisamente por su gravedad e irremediabilidad debe ser inflingida sólo en caso de certeza absoluta de culpa. En este caso se trataría de introducir una posterior limitación en la aplicación. Pero si la pena de muerte es justa y persuasiva, no importa que sea poco aplicada, importa que exista. Existe también un argumento contrario que tiene su peso, y es el de los reincidentes. En una pequeña obra reciente (1980) sobre la pena de muerte, la última que he tenido ocasión de leer, publicada en la popular colección «Que sais-je?», el autor, Marcel Normand, defiende a todo trance la pena de muerte e insiste sobre el argumento de la reincidencia: cita algunos casos —debo decir impresionantes— de asesinos condenados a muerte, después redimidos, que, puestos en libertad, a pesar de muchos años de prisión, han cometido otros homicidios. De ahí la pregunta inquietante: si la condena de muerte hubiese sido ejecutada, se habría salvado una o más vidas humanas. Y la conclusión: por ahorrar la vida a un delincuente, la sociedad ha sacrificado la vida de un inocente. El *leitmotiv* del autor es el siguiente: los abolicionistas se sitúan en el punto de vista del criminal, los antiabolicionistas en el de las víctimas. ¿Quién tiene más razón?

10. Pero aún más embarazosa es la pregunta que me he planteado antes, a propósito de la tesis utilitarista: su límite está en

una pura y simple presunción de que la pena de muerte no sirve para disminuir los delitos de sangre. Pero, ¿si se logra demostrar que los previene? He aquí entonces que el abolicionista debe recurrir a otra instancia, a un argumento de carácter moral, a un principio puesto como absolutamente indiscutible (un verdadero y estricto postulado ético). Y este argumento no puede ser deducido más que del imperativo moral: «No matarás», acogido como principio con valor absoluto. Pero, ¿cómo? ¿Se podría rebatir, el individuo singular tiene el derecho de matar por legítima defensa y la colectividad no? Respondo: la colectividad no tiene este derecho porque la legítima defensa nace y se justifica sólo como respuesta inmediata en situación de imposibilidad de hacer otra cosa; la respuesta de la colectividad es mediata a través de un procedimiento, a veces incluso largo, en el que se debaten argumentos en pro y en contra. En otras palabras, la condena a muerte como consecuencia de un procedimiento no es ya un homicidio por legítima defensa, sino un homicidio legal, legalizado, perpetrado en frío, premeditado. Un homicidio que requiere ejecutores, es decir, personas autorizadas a matar. Por eso el ejecutor de la pena de muerte, autorizado a matar, ha sido siempre considerado como un personaje infame: léase el libro de Charles Duff *Manual del verdugo,* recientemente traducido, donde el verdugo es presentado de manera grotesca como el perro, como el amigo fiel de la sociedad. Donde se aduce, por otro lado, para negar la eficacia persuasiva de la pena de muerte, el caso de un verdugo que se convierte, a su vez, en asesino y debe ser ajusticiado [18].

El Estado no puede situarse en el mismo plano que el simple individuo. El individuo aislado actúa por rabia, por pasión, por interés, por defensa. El Estado responde meditadamente, reflexivamente, racionalmente. También éste tiene el deber de defenderse. Pero es mucho más fuerte que el simple individuo para tener necesidad de extinguir la vida en defensa propia. El Estado tiene el privilegio y el beneficio del monopolio de la fuerza. Debe sentir toda la responsabilidad de este privilegio y de este beneficio. Comprendo que es un razonamiento arduo, abstracto, que puede ser tachado de moralismo ingenuo, de prédica inútil. Pero tratemos de dar una razón a nuestra repugnancia hacia la pena de muerte. La razón es una sola: el mandamiento de no matar.

No veo otra. Fuera de esta razón última, todos los demás argumentos valen poco o nada, pueden ser contestados con argumentos que tienen, más o menos, la misma fuerza persuasiva. Lo ha dicho magníficamente Dostoievski, poniendo en boca del príncipe Mirskij las palabras: «Se ha dicho: "No matarás." Y entonces, ¿por qué si uno ha matado se le ha de matar también? Matar a quien ha matado es un castigo sin confrontación mayor que el delito mismo. El asesinato legal es incomparablemente más horrendo que el de los delincuentes.»

Por otro lado, precisamente porque la razón última de la condena de la pena de muerte es alta y ardua, la gran mayoría de los Estados continúa practicándola, y continuará practicándola a pesar de las declaraciones internacionales, las apelaciones, las asociaciones abolicionistas, la acción nobilísima de Amnistía Internacional. A pesar de todo creemos firmemente que la desaparición total de la pena de muerte del escenario de la historia está destinada a representar un signo indiscutible de progreso civil. Expresa muy bien este concepto John Stuart Mill (un autor que amo): «La historia entera del progreso humano ha sido una serie de transiciones a través de las cuales una costumbre o una institución tras otra han pasado de ser presumiblemente necesarias a la existencia social, al rango de injusticias universalmente condenadas» [19].

Estoy convencido que también este es el destino de la pena de muerte. Si se me pregunta cuándo se cumplirá este destino, respondo que no lo sé. Sé solamente que el cumplimiento de este destino será un signo indiscutible de progreso moral.

NOTAS AL CAPITULO XII

[1] Platón, *Le leggi* (trad. italiana de A. Cassara), 854 e. [Hay versión castellana de F. Cervera San Felipe, Iberia, Barcelona, 1962.]

[2] Platón, *Le leggi*, cit., 870 e.

[3] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, que cito de la edición a cargo de F. Venturi, Einaudi, Turín, 1965, pág. 31, que contiene, además del célebre texto, documentos de su extraordinaria fortuna en Italia y en Europa del Setecientos. [Hay traducción castellana de J. A. de las Casas, Alianza Editorial, Madrid, 1968.]

[4] *Ibid.*, pág. 59.

[5] *Ibid.*, pág. 62.

[6] Tomo la cita del texto de la *Riforma della legislazione criminale toscana del 30 novembre 1786*, de la edición citada de Venturi, pág. 274.

[7] De la sexta cuestión de la *Istruzione*, relatada. *Riforma della legislazione...*, cit., pág. 646. En el prefacio a su libro, Venturi habla de Catalina II como de una «plegaria» fiel de Beccaria (pág. XXXV).

[8] Este párrafo se encuentra en el capítulo 5 del Libro II, titulado *Il diritto di vita e di morte*.

[9] Este pasaje se encuentra en la segunda parte de la *Dottrina del diritto*, dedicada al «Diritto pubblico», en pág. 522, de la edición de E. Kant, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Utet, Turín, 1956. [Esta parte puede encontrarse en la versión castellana de *La metafísica de las costumbres*, estudio preliminar de A. Cortina, traducción y notas de A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid, 1989.]

[10] La referencia a Beccaria se encuentra en el parágrafo 100 de los *Lineamenti di filosofia del diritto*. La edición al parágrafo 100 dice: «... este esfuerzo de Beccaria, de hacer abolir la pena de muerte, produce efectos ventajosos; aunque ni José II ni los franceses han podido nunca alcanzar la abolición total de ella, sí ha comenzado a reconocerse, sin embargo, qué delitos son punibles y cuáles no» (pág. 327 de la ed. Laterza de 1954). [Hay versión castellana con introducción de C. Marx, trad. de A. Mendoza de Montero, Claridad, Buenos Aires, 1937.]

[11] En la conclusión del *Discorso* Roberpierre dice: «Il faut croire que le peuple doux, sensible, généreux qui habite la France, et dont toutes les vertus vont être développées par le régime de la liberté, traitera avec humanité les coupables, et convenir que l'expérience, la sagesse vous permettent de consacrer les principes sur lesquels s'appuie la motion que je fais que la peine de mort soit abolie.» Obtengo la cita de M. A. Cattaneo, *Libertà e virtú nel pensiero politico di Robespierre*, Istituto editoriale cisalpino, Milán, 1968.

[12] *Ecrits de Victor Hugo sur la peine de mort*, presentados por Raymond Jean, Editions Actes/Sud, París, 1979.

[13] Se trata del episodio narrado en el Libro III, que lleva el nombre de rebelión y castigo en Mitilene, acontecido en el 428-427 a. C.

[14] Este pasaje se encuentra en los parágrafos 45 y 46 del Libro III.

[15] Del *Commentaire sur le Traité des délits et des peines* de Voltaire (1766), también incluido éste en la ed. de Venturi. El pasaje citado está en la pág. 374.

[16] C. H. S. Jayewardene, *The Penalty of Death*, Lexington Books, Toronto, 1977.

[17] *Ibid.*, pág. 68.

[18] Charles Duff, *Il Manuale del Boia*, Adelphi, Milán, 1980 (la primera edición inglesa apareció en 1928).

[19] J. S. Mill, *Utilitarianism*, cap. V, pág. 94. [Hay traducción al castellano de Esperanza Guisán, Alianza Editorial, Madrid, 1984.]

XIII

El debate actual sobre la pena de muerte

1. En un mundo como el nuestro, aturdido por guerras civiles e internacionales cada vez más cruentas y destructivas, por la propagación de actos terroristas cada vez más crueles, falsos y despiadados, resignado a vivir bajo la amenaza del exterminio atómico, el debate sobre la pena de muerte, cuyos efectos no son ni remotamente comparables a los de las masacres que se realizan a diario en el mundo, puede parecer poco más que un ocioso pasatiempo de eruditos que no se dan cuenta de lo que sucede en el mundo [1].

Mi introducción se refiere, entiéndase, a la pena de muerte judicial. Sobre la extrajudicial, en cualquiera de sus formas, desde la realizada por los escuadrones de la muerte, por los servicios secretos, por la misma policía bajo el amparo de la legítima defensa, por una mano misteriosa (que debe permanecer miste-

riosa) en la cárcel donde el condenado cumple una pena no capital, hasta la indirecta en los campos de concentración o de trabajo forzoso (la diferencia entre el ocasionar y el dejar intencionalmente morir no es moralmente relevante), no hay nada que discutir. Hay que condenarla como una infamia, y más que estudiarla en sus diferentes aspectos y tratar de comprender sus razones, indicar las circunstancias que la favorecen y extienden su difusión. No hay condena más solemne de la pena de muerte extrajudicial que la que aparece en las páginas de un libro que los que pertenecen a mi generación no han olvidado: las *Cartas de los condenados a muerte de la Resistencia europea* [2].

El debate secular sobre la pena de muerte recae sobre el problema de si es moral y/o jurídicamente lícito por parte del Estado castigar matando, incluso respetando todas las garantías procesales propias del Estado de Derecho; en otras palabras, si el derecho a castigar del Estado, generalmente no cuestionado, se extiende hasta la condena de muerte, incluso como resultado de un proceso legal. Los problemas derivados de los asesinatos extrajudiciales son completamente distintos. Nadie espera un nuevo Beccaria que denuncie la deshumanidad y proponga su abolición con argumentos de carácter humanitario (la «moderación de las penas») o jurídico (los límites del contrato social). Son problemas que entran en un capítulo distinto de la filosofía moral y jurídica, el relativo a la justificación de la guerra o del ejercicio de la violencia por parte de individuos o grupos en cuyas relaciones no rige otro principio regulador de los conflictos que el de la autotutela: una vez admitida en ciertos casos la licitud de la guerra, es decir, de un modo de resolver un conflicto mediante el uso de armas mortales, se extiende la licencia de matar, si bien dentro de ciertos límites (el *ius belli*). Respecto a la pena de muerte extrajudicial, el problema ético y/o jurídico no es ya si es lícito matar, sino si lo es el recurso a las penas extrajudiciales, cualesquiera que sean, en el interior de un Estado constituido, y eventualmente dentro de qué límites y en qué circunstancias.

2. En relación a los siglos transcurridos desde el nacimiento del pensamiento filosófico occidental, el debate sobre la pena de muerte es relativamente reciente. La obra de Beccaria, que originó la primera gran discusión entre los estudiosos en pro y contra la pena capital, es de 1764; el primer Estado que la abolió

fue el gran ducado de Toscana con una ley de 1786. A lo largo de todo el curso de la historia de la filosofía, la *communis opinio* de los filósofos había sido favorable a la pena capital, comenzando por Platón, y con la excepción del libro de Beccaria: piénsese en Kant, Hegel, Schopenhauer. Si nos debiésemos fundar en el argumento *ex autoritate,* los abolicionistas estarían vencidos.

No me detengo a considerar la ambivalente influencia del cristianismo en la solución del problema, porque el tema es tratado específicamente en una de las comunicaciones (ambivalente, porque de la misma visión religiosa del mundo y, por consiguiente, de las relaciones de convivencia, se han dado, según el momento y las circunstancias, argumentos favorables y desfavorables). Considerando exclusivamente las grandes concepciones filosóficas de la sociedad y del Estado puede afirmarse que la concepción orgánica del Estado, según la cual, utilizando el principio aristotélico, dominante en el mundo antiguo y en la Edad Media, «el todo está antes que las partes», ha ofrecido uno de los argumentos más utilizados en la justificación de la pena de muerte. Si el hombre, como animal político, no puede vivir fuera del cuerpo social, del que constituye lógicamente un miembro, la vida, o mejor la supervivencia, del cuerpo social en su totalidad es un bien superior a la de una de sus partes, en definitiva, la vida del individuo debe ser sacrificada por la del todo cuando, estando infectado, se corre el riesgo de contagiar y poner en peligro la vida de la totalidad. Durante siglos ha sido reconocido este pasaje de Santo Tomas: «Toda parte está ordenada al todo como el imperfecto al perfecto (...). Vemos por esto que si la extirpación de un miembro beneficia a la salud de la totalidad del cuerpo humano (...) es loable y saludable suprimirlo. Toda persona considerada como parte se sitúa, respecto a la comunidad, como la parte en relación con el todo. Por tanto, si un hombre constituye un peligro para la comunidad (...) es loable y saludable disponer su muerte para salvar el bien común» [3]. Para mostrar cuál es la persistencia de esta forma de justificar la condena de muerte, me limito a citar la argumentación que en la *Montaña mágica,* de Thomas Mann, Naphta, el «revolucionario de la conservación», aduce contra Settembrini, que ha concluido su argumento contra la pena de muerte: «Por poco que una sola idea dominase la de la seguridad, que una sola idea personal y, por

tanto, superindividual, se hallase en juego —y éste era el único estado digno del hombre y, por tanto, normal en el sentido más elevado—, la vida individual sería no solamente sacrificada sin titubeos a los intereses superiores, sino también ofrecida voluntariamente y sin dudar por el individuo mismo.»

No es extraño que las primeras teorías abolicionistas, comenzando por la de Beccaria, se hayan desarrollado en el ámbito de la concepción individualista de la sociedad y del Estado, que ha trastocado completamente la relación entre el todo y las partes, y ha hecho posible, desde Hobbes en adelante, el fundamento contractualista del Estado. Beccaria no sólo es un contractualista, sino que, como se sabe, aduce precisamente, como uno de los argumentos a favor de la abolición de la pena de muerte, el origen contractual del Estado. Que la negación del derecho del Estado a castigar con la muerte a un culpable sea una conclusión lógica y, como tal, necesaria de toda teoría que hace derivar el Estado de un contrato social originario, no es ciertamente sostenible, y la mejor prueba de ello es la existencia de autores que son a la vez contractualistas y no abolicionistas (como Rousseau, por poner el ejemplo más conocido, al que puede añadirse también nuestro Filangieri). Pero a diferencia de la concepción orgánica, de la que se valen generalmente los autores para aprobar la pena de muerte, la contractualista ha hecho a la negación, si no necesaria, sí posible. En el párrafo 100 de la *Filosofía del Derecho,* que defiende la pena de muerte, Hegel toma como pretexto la crítica de Beccaria para aducir un argumento contra las teorías contractualistas, de las que es un adversario radical.

3. Aun cuando relativamente recientes, las teorías abolicionistas han tenido un notable éxito, si no respecto a la abolición total, son todavía con diferencia más numerosos los Estados que la mantienen respecto a los que la han abolido, sí respecto a la abolición parcial o casi total. No me parece superfluo subrayar una vez más el hecho de que lo que se está discutiendo en estos años es la abolición *final* de la pena de muerte, que se limita ahora, incluso en los Estados que la han mantenido, a un número cada vez más restringido de delitos particularmente graves. Sobre la necesidad de limitar la previsión legislativa, no existe mucho disenso: la pena de muerte hace tiempo que ha dejado de ser, como fue durante siglos, la pena por excelencia, considerada como la más fácil de seguir y la más intimidatoria (o mejor,

la única verdaderamente intimidatoria). Podría decirse que la mayor parte de los legisladores, antes de la gran batalla iluminista, se atuvieron al dicho de Dracon, quien, interrogado sobre lo motivos de su severidad, respondió que la pena de muerte era justa para los ladronzuelos, y que para los demás delitos más graves no había encontrado desgraciadamente una mayor. De Beccaria en adelante lo que ha sido puesto en discusión no es sólo si la pena de muerte es éticamente lícita, sino también si es ciertamente la mayor de las penas.

Para darse cuenta del proceso gradual de deslegitimación de la pena de muerte, conviene todavía considerar tres datos empíricos:

a) se ha ido restringiendo el número de delitos para los que la pena de muerte es obligatoria, mientras se va ampliando el de los delitos en los que el cumplimiento de la pena de muerte se deja a la libre decisión de los jueces y del jurado;

b) en los Estados en los que se admite todavía la pena de muerte, ésta no se cumple efectivamente, de tal manera que en cualquiera de los informes sobre la situación de la pena de muerte en el mundo se suele añadir, junto a los Estados en los que ésta está abolida *de iure,* aquellos en los que está abolida *de facto;*

c) incluso donde la pena de muerte no sólo está prevista, sino que la sentencia capital ha sido dictada, se ha manifestado una tendencia a su suspensión *sine die,* y al consiguiente indulto.

Aunque la tendencia a la disminución de la pena de muerte sea clara, en el largo período que va desde el Iluminismo hasta nuestros días, tanto respecto al número de los Estados cuanto a la naturaleza de los delitos, conviene añadir, al menos, otras dos matizaciones para hacer más completa esta visión de conjunto: primero, la gradual y continua conquista de los abolicionistas se ha detenido frente a la última fortaleza, la de la abolición total que opone una encarnizada resistencia a su supresión, por lo que el debate en pro y en contra de la pena de muerte no debe considerarse concluido ni la causa abolicionista vencedora; segundo, la misma tendencia a la abolición considerada no ya en el largo período, sino en períodos breves, no se demuestra constante, más bien parece proceder algunas veces en zigzag.

Por lo que se refiere al *status* del debate, vale la pena observar todavía que es mucho más impetuoso en los países en los que la abolición total no se ha producido aún, y el problema se toma

de iure condendo, o bien en los que ha sido aprobada recientemente la reforma. En un país como Italia que, después de la caída del fascismo, ha restablecido, o mejor, a constitucionalizado, la prohibición de la pena de muerte, las tradicionales doctrinas antiabolicionistas parecen, al menos hasta ahora, aflorar en menor medida que en los Estados Unidos o en Francia. Cuando hablo de «doctrinas» me refiero al debate que se desarrolla entre filósofos, sociólogos, psicólogos, juristas, etc. Otra argumentación debe hacerse respecto al llamado «sentimiento popular», al *common sense* de los escritores anglosajones. Es una constatación habitual de todos los que se han ocupado del tema que entre el sentido común y la opinión de los investigadores existe, en general, respecto al problema de la pena de muerte, una notable diferencia. Las tesis abolicionistas predominan ahora entre los que se ocupan profesionalmente del problema, en las ligas o asociaciones de derechos humanos o similares, en la misma Iglesia (contrariamente a una tradición que parecía ya consolidada), mientras, a juzgar por los sondeos de opinión, sobre cuya consideración pueden mantenerse serias dudas, el sentimiento popular continúa siendo hostil a éstas, cuando no reclama el reestablecimiento de la pena capital donde ha sido, hace tiempo, abolida. Puesto que he hablado de Italia, no se puede ignorar el hecho de que, mientras la república de los doctos no ha dado hasta ahora la impresión de haber sido requerida a plantear el problema de la difusión y encrudecimiento de la violencia criminal y política, la opinión del público, que se manifiesta en las cartas a los periódicos, en las conversaciones cotidianas, en las respuestas a los llamamientos de movimientos y partidos de extrema derecha, se ha mostrado sensible a estas peticiones. Por otro lado, que exista esta diferencia entre opinión culta y popular se prueba en el hecho de que uno de los argumentos, aunque débil, al que recurren los antiabolicionistas, para sostener o corroborar sus tesis en los países en los que la discusión está viva, es el llamado argumento del *common sense.* A él recurrió también el ministro Rocco para justificar el reestablecimiento de la pena de muerte en Italia durante el fascismo. Pero el argumento es débil por distintas razones: *a)* la invocación popular de la pena de muerte («es necesario ponerles frente al muro») es indiscriminada, no haciendo distinción alguna entre delitos más o menos graves; *b)* el sentimiento popular es voluble, siendo fácilmente in-

fluenciable por las circunstancias; *c)* las cuestiones de principio no admiten ser resueltas por la regla de las mayorías.

En cuanto a la segunda observación relativa a la no estabilidad de la tendencia abolicionista, la principal observación a realizar es que la legislación sobre la pena de muerte se resiente de la mayor o menor tranquilidad en la que se encuentra una determinada sociedad y del (a menudo consecuente) menor o mayor grado de autoritarismo del régimen. Así, mientras la tendencia constante presentada a lo largo de la historia está ciertamente encaminada en el sentido de la restricción del ámbito de la pena capital, sea *ratione loci,* sea *ratione materiae,* existen casos en los que durante un breve período la pena de muerte ha sido restablecida en Estados que la habían abolido hacía tiempo: es típico el caso de Italia durante el fascismo. La relación de dependencia entre el debate sobre la pena de muerte y el orden público puede confirmarse con la constatación de que en Italia, durante el imperio del Código Zanardelli (1889), que la había abolido, el problema del restablecimiento no fue nunca seriamente planteado en una condición de gradual ordenación y regulación de los conflictos sociales, mientras, cuando el restablecimiento se produce por obra de un régimen autoritario como el fascismo, también como consecuencia de la estimulación y de la exasperación de la lucha social inmediatamente después de la guerra, se hace con el apoyo, o al menos con la indiferencia, del público. Si hubo alguna resistencia, fue exclusivamente frente al conformismo general, de carácter doctrinal (recuérdese, por ejemplo, el libro de Paolo Rossi, aparecido en 1932).

4. La intensidad del debate actual sobre la pena de muerte deriva no sólo del interés siempre vivo sobre su solución legislativa, sino también del hecho de que éste se introduce en uno de los debates que han comprometido más intensamente a los filósofos morales contemporáneos (especialmente los anglosajones): el debate sobre el derecho a la vida. Por dar una idea sólo aproximativa de la amplitud y de la relevancia de este debate, considérese que éste comprende, además del tema del derecho a la vida, en sentido estricto, o bien del derecho a no ser muerto, el derecho a nacer o a permitir venir a la vida, el derecho a no ser dejado morir y el derecho a ser mantenido en vida o derecho a la supervivencia. Ya que no existe derecho de un individuo sin el correspondiente deber de otro, y ya que todo deber

presupone una norma imperativa, el debate sobre las cuatro formas en las que se explica el derecho a la vida reenvía al debate sobre el fundamento de validez y eventualmente sobre los límites del deber de no matar, de no abortar (o de no facilitar el aborto), de socorrer a quien está en peligro de vida, de ofrecer los medios mínimos de sustento a quien está privado de ellos. Traducidos en términos normativos, estos cuatro deberes presuponen cuatro imperativos, de los que los dos primeros son negativos (o mandatos de no hacer) y los otros dos positivos (o mandatos de hacer).

Considerado desde el punto de vista del derecho a la vida, el problema de la pena de muerte entra en el debate general sobre el derecho a la vida en sentido estricto y, por tanto, sobre el fundamento de validez y eventualmente sobre los límites de la norma «no matar». Para quien entiende que el «no matar» tiene una validez absoluta y es, por tanto, en sentido kantiano, un imperativo categórico que no admite excepciones, el problema de la pena de muerte está ya resuelto: la pena capital es, en cualquier caso, ilícita. Pero, ¿existen imperativos categóricos? El mismo Kant es defensor de la pena de muerte. Entonces, ¿el «no matar» no es un imperativo categórico? Afortunadamente podemos prescindir de dar una respuesta a la pregunta, ya que si el debate sobre la licitud de la pena de muerte no parece que vaya a desaparecer y continúa alimentando frecuentes, cada vez más frecuentes, disputas entre los filósofos morales, esto deriva del hecho de que nadie de los contendientes parte del presupuesto de la validez absoluta del precepto «no matar», ni, por tanto, de la consideración del derecho a la vida como derecho absoluto, válido en cualquier caso, sin excepción. Lo que caracteriza a los llamados derechos fundamentales, entre los que está, ciertamente, el derecho a la vida, es su universalidad, el valer para todo hombre, independientemente de su raza, nacionalidad, etc., y no necesariamente el valer sin excepciones [4]. Con esto no se pretende afirmar que no existan derechos absolutos (en la conciencia contemporánea entiendo que son tales, por ejemplo, el derecho a no ser torturado o el de no ser mantenido en esclavitud), sino simplemente que lo absoluto del derecho a la vida no entra normalmente (y, por otro lado, sería difícil hacerlo entrar) como argumento en favor de la abolición de la pena de muerte. Una vez admitido que el mandato «no matar» admite excepcio-

nes, el asunto controvertido es si la pena de muerte puede ser contemplada como excepción. Puesto que es regla general de toda controversia que quien defiende una excepción al principio general debe justificarla, corresponde a los defensores de la pena de muerte la carga de aducir argumentos que conviertan aceptable su admisión y a los que la rechazan la de refutarlos. Procedimentalmente, el debate sobre la pena de muerte se ha desarrollado, durante su historia, y se continúa desarrollando, con la presentación prioritaria de argumentos que justifican esta excepción a la prohibición de matar y con la sucesiva defensa, por lo menos en el caso específico, de la validez del precepto.

5. No de manera distinta a la secular discusión sobre la justificación del recurso al uso de la fuerza, que se resuelve en la búsqueda de una *causa justa* de un comportamiento normalmente considerado como injusto, y cuyo ejemplo histórico más interesante, y rico aún hoy en enseñanzas, ha sido el de la guerra justa, los dos argumentos más comunes (y también más fáciles) empleados para justificar la pena de muerte son el *estado de necesidad* y la *legítima defensa*. Se trata, como se sabe, de dos motivos de justificación de un delito (cuyas consecuencias pueden ser la no imputación o la no punibilidad), recogidos en el Derecho penal de todos los países. Lo que sirve para el individuo no se entiende por qué no debe servir, se sostiene, para el Estado. Más bien para el Estado serviría con mayor razón, teniendo en cuenta su supremacía sobre el individuo, de la que ha nacido y prosperado durante siglos la doctrina de la razón de Estado, fundada sobre el principio de que en la conducta del Estado se admiten *excepciones* a las normas generales que sirven para la conducta de los privados. Naturalmente, estos dos casos de justificación de un acto gravísimo, como el homicidio por parte del Estado, pueden también contemplarse desde el punto de vista del individuo, en cuanto titular del derecho universal a la vida, derivado de la obligación, también universal, de no matar. Si se parte del presupuesto de que el derecho a la vida no es un derecho absoluto (como no es absoluto el precepto no matar), entonces puede ser perdido (otro problema es si yo puedo renunciar a él y si además del derecho a vivir se debe admitir también el deber de vivir). Las circunstancias por las que se puede perder son principalmente dos: cuando entra en conflicto con un derecho fundamental que se considera superior y cuando el titular

del derecho no reconoce y viola el igual derecho de los demás, o bien cuando se encuentra con *otro* derecho o con el derecho de *otro*. Estado de necesidad y legítima defensa pueden ser considerados como causas de justificación de la pena de muerte, también desde el punto de vista del derecho (no absoluto) del individuo a la vida: en la justificación en relación al estado de necesidad, el derecho a la vida del individuo entra en conflicto con el derecho a la seguridad del Estado; en la justificación en relación a la legítima defensa, el individuo pierde el derecho a la vida por haber puesto en peligro la vida de otros, de lo que se hace vindicante el poder público.

Sin embargo, ambos argumentos son débiles: los he mencionado ya que, a pesar de su fragilidad, son utilizados frecuentemente, aunque más por parte del *common sense* que por la doctrina. Su debilidad deriva del hecho de que el Estado no se encuentra frente al dilema de castigar con la pena de muerte o dejar sin punir un acto criminal. La pena de muerte, o bien el asesinato legalizado, es una de las posibles penas de las que el Estado dispone. No puede plantearse el problema de la licitud u oportunidad de la pena de muerte sin tener en cuenta que no es el único remedio al delito y que existen penas alternativas. Tanto el estado de necesidad como la legítima defensa operan como causas de justificación bajo la creencia de que el individuo, en ciertas circunstancias, en las que precisamente no puede hacer otra cosa que violar la ley (la necesidad no tiene ley) o su vida está seria y gravemente amenazada, no tenía alternativas. El Estado, como detentador del monopolio de la fuerza y como conjunto de aparatos encargados de su ejercicio, no se encuentra normalmente en estas situaciones (en las que se puede encontrar, en cambio, el policía, quien, como cualquier otro ciudadano, puede beneficiarse de la discriminación de la legítima defensa): el Estado dispone de penas alternativas y, por consiguiente, no está obligado a matar para castigar.

Cuando se tienen en consideración estas sanciones alternativas, entre las cuales hay penas severas como la cadena perpetua, y hay que tenerlas en cuenta, la disputa sobre la pena de muerte se traslada a otro terreno, que es de la confrontación entre ésta y las demás sanciones posibles. No se trata ya de discutir en torno a las causas de justificación de la violación del precepto «no matar», aisladamente considerado y, por tanto, en *sen-*

tido absoluto, sino de realizar la disputa en presencia de ciertas alternativas funcionales a la pena de muerte y, por consiguiente, *en relación a ella;* en otras palabras, el problema no es ya solamente el de la licitud o la oportunidad de la pena de muerte como homicidio justificado, sino el de la licitud u oportunidad del homicidio legal en concurrencia y, por tanto, en confrontación con otras sanciones. El factor de la pena de muerte no puede limitarse a aducir argumentos en favor de la derogación del precepto «no matar» (como el estado de necesidad y la legítima defensa), que pueden servir respecto a la acción del individuo aislado y en el caso de guerras en las que el Estado no dispone, en sus relaciones con los demás Estados, de sanciones eficaces como la detención, sino que debe aducir argumentos que justifiquen el homicidio legal a pesar de la posibilidad que tiene el Estado de recurrir a otros medios para castigar al culpable (y para prevenir el delito). Cuando Beccaria pronunció la primera condena clamorosa a la pena de muerte, uno de los argumentos empleados, el destinado a producir mayores consecuencias, fue que la cadena perpetua tenía mayor fuerza intimidatoria que la muerte y que, por tanto, en relación a ella, la pena de muerte no era «ni útil ni necesaria».

6. Una vez apartado el problema de la pena de muerte del debate sobre posibles excepciones al precepto «no matar» y llevado al campo estrictamente penalístico de la naturaleza y función de las distintas sanciones, con las que el Estado realiza la función punitiva y preventiva, es decir, considerada la pena de muerte como una sanción más y, por tanto, como medio para castigar al culpable *(quia peccatur),* las teorías principales enfrentadas mediante «buenas razones» son básicamente dos: la retributiva, según la cual la función principal de la pena es la de intercambiar el *malum actionis* con el *malum passionis,* y la preventiva, según la cual la función esencial de la pena consiste en desalentar la realización de acciones que el ordenamiento considera nocivas, y es, por consiguiente, intimidatoria o disuasiva (con un anglicanismo difundido, «persuasiva»).

La distinción entre las dos teorías es clara, aunque, en concreto, puede haber quien utilice argumentos de una o de otra para defender su propia tesis. Sin embargo, generalmente hay un predominio de defensores de la pena de muerte entre los fautores de la pena como retribución, mientras los partidarios de la

abolición se encuentran, sobre todo, entre los defensores de la pena como prevención. La distinción es clara, ya que la diferencia entre las dos teorías reposa sobre un distinto planteamiento general del problema. Frente a la pena de muerte, como por otro lado frente a toda medida que el Estado debe tomar para librar sus compromisos, se pueden plantear dos preguntas diferentes: *a)* si es éticamente lícita; *b)* si es políticamente oportuna. Las dos preguntas deben distinguirse, ya que pueden tener respuestas diferentes: una medida éticamente justa puede ser políticamente inoportuna y viceversa. La diferencia secular entre ética y política tiene su fuente principal en esta divergencia. En realidad, como ha sido muchas veces observado, este contraste se resuelve en la diferencia entre dos éticas (a las que Max Weber ha dado el nombre de ética de la convicción y ética de la responsabilidad), o, si se quiere, entre dos criterios distintos de juzgar la bondad o maldad de las acciones humanas: según su conformidad con principios universales que son presupuestos como mandatos de acciones buenas y prohibiciones de acciones malas, o por el resultado obtenido, que es juzgado, a menudo, en relación al principio utilitarista de la máxima felicidad para el mayor número (por esto, se representa también como contraste entre moral deontológica y moral utilitarista). Ahora bien, el problema que el utilitarista se plantea es el problema de la licitud moral de la pena de muerte, y haciendo esto se sitúa en el punto de vista de la ética que juzga las acciones en relación a principios preestablecidos; por el contrario, el problema que se plantea el preventista (permítaseme este neologismo) es el problema de la oportunidad política de la pena de muerte, y haciendo esto se sitúa en el punto de vista de una ética que juzga las acciones según su resultado.

He querido llamar la atención sobre esta diferencia en el planteamiento general del problema porque puede servirnos para explicar las razones por las que en el debate sobre la pena de muerte el diálogo entre retributistas y preventistas parece normalmente como un diálogo entre sordos. Preguntarse si el culpable de un grave delito debe ser condenado a la pena de muerte que se considera como justa es plantearse un problema de ética de principios o de licitud moral; preguntarse si la pena de muerte debe ser realizada, ya que es más intimidatoria que cualquier otra pena, es plantearse un problema de estética del resultado, o de oportunidad política.

La mejor prueba de esta diferencia la constituye uno de los argumentos fundamentales que ambas posiciones emplean para rechazar la tesis del adversario, más que para sostener la propia. Kant, defensor de la pena de muerte en cuanto retributista, refuta el argumento de la intimidación por ser inmoral, ya que viola la máxima que prohíbe tratar a la persona como medio. El utilitarista, convencido de que la pena de muerte es inútil porque es menos disuasoria que otras, rechaza el argumento de la retribución, en cuanto que es producto de un torpe e inhumano rigorismo moral.

Resumiendo, para los que plantean el problema de la pena de muerte como problema de justicia, se trata de demostrar que ésta es justa conforme a principios de justicia retributiva (que es una especie de la justicia conmutativa o aritmética), independientemente de cualquier otra referencia a motivos de utilidad social *(fiat iustitia, pereat mundus);* para los que se plantean el problema de la pena de muerte desde el punto de vista exclusivamente utilitarista, ésta es rechazable porque no sirve a los fines que debe proponerse el Estado, ente no ético, en el sentido de desalentar el delito, independientemente de cualquier otra razón de abstracta justicia. Dicho de otro modo y sintéticamente: para los primeros, la pena de muerte podía ser incluso útil, pero lo que importa es si es justa; para los segundos, podría ser incluso justa, pero lo que importa es si es útil. Puesto que no es útil para éstos, debe ser rechazada como mal innecesario, mientras para los otros, en cuanto satisface una exigencia de justicia, hay que aprobarla porque es éticamente buena, independientemente de su utilidad.

7. La diversidad de los presupuestos filosóficos es ciertamente una de las razones por las que el debate nunca se ha resuelto completamente, sino, más bien, permanece vivo, intenso, encarnizado, y las partes enfrentadas no se dan nunca por vencidas. Pero no es el único. Conviene tener en cuenta que un debate de filosofía moral no pertenece al campo de la lógica demostrativa, sino al de la argumentativa o de la retórica (utilizando la expresión de Perelman), por lo que los argumentos en pro y en contra no son nunca dirimentes ni, por tanto, definitivos. De hecho, no hay argumentos de una de las partes que no sea rebatido por la otra; no hay una «buena» razón en defensa de una de las tesis que no sea contradicha por una otra «buena» razón de la tesis opuesta.

Obsérvese: la teoría retributiva, cuya fuerza consiste en apelar al principio de la justicia retributiva o conmutativa, según la cual una de las reglas sobre las que se rige toda posible convivencia es la proporción entre el dar (o el hacer) y el recibir (una aplicación del principio general de reciprocidad), tiene su punto débil en la afirmación de que la única posible correspondencia de matar sea matar. Cuando Kant sostiene que quien mata debe morir (y es un deber no hipotético sino categórico) comenta: «No hay ningún equivalente, ninguna conmutación de pena, que pueda satisfacer la justicia. No existe ningún parangón entre una vida, por penosa que sea, y la muerte, y, en consecuencia, tampoco hay compensación entre el delito y el castigo, excepto la muerte» [5], da por acertado que la muerte es el peor de los males. Pero, ¿si no lo fuese? Ciertamente cuando Kant dice que no hay comparación posible entre una vida, por penosa que sea, y la muerte intenta refutar la tesis de Beccaria y de todos sus seguidores. Pero se trata de una afirmación perentoria desprovista de toda prueba.

En este punto, la teoría retributiva está obligada a descender del cielo de los principios a la tierra de los datos empíricos, invocando la vía peligrosa e incierta del argumento llamado de la «preferencia» (ya adoptado por Feuerbach, y continuamente utilizado): situado frente a la alternativa entre la muerte y la cadena perpetua, el condenado ¿qué elegiría? Que este argumento sea una vía obligada para el retribucionista cuya teoría resiste o se derrumba según logre o no demostrar cuál es la pena justa para cualquier delito (y para el delito más grave, como es el homicidio, la pena justa debe ser la más grave) es indudable; pero es también indudable que el argumento de la preferencia ha sido más veces y, a mi parecer, con notoriedad, refutado, bien porque un argumento como éste tiene que apoyarse sobre un número enorme de respuestas de distintos sujetos, empresa difícil y nunca intentada seriamente, bien porque los dos vértices del dilema, la muerte súbita o la dilatada probablemente después de un larga detención, no son emotivamente comparables, el primero es infalible y excluye toda esperanza, el segundo deja abierta la esperanza, o la ilusión, de que la situación pueda, con el tiempo, incluso cambiar. Que el condenado declare preferible la larga detención no es tanto prueba del pánico mayor hacia la pena de muerte cuanto expresión del estado de ánimo del sujeto del

que no se puede obtener conclusión alguna en relación con la duda planteada [6].

El punto débil de la teoría preventiva, dominante hoy entre los abolicionistas, ya que tradicionalmente la licitud de la pena de muerte ha sido sostenida por los retribucionistas, está en conducir su juego sobre una sola carta, la de la intimidación. Su argumento principal es que la pena de muerte no tiene la fuerza intimidatoria que le ha sido atribuida (arbitrariamente), y que, por tanto, desaparece, desde un punto de vista utilitarista, su única razón de ser. La debilidad de este argumento está en el hecho de que hasta ahora, a pesar de los sondeos y de las investigaciones empíricas realizadas en los países en los que la pena de muerte ha sido abolida o restaurada, no se ha alcanzado ninguna prueba cierta sobre el grado de la fuerza disuasoria de las distintas penas, entre el «antes» y el «después». También en este campo las ciencias sociales han permanecido firmes en el universo del más o menos. Por supuesto, no es culpa de los científicos sociales, sino de la casi infinita variedad de los entes (los seres humanos) que constituyen el objeto de las observaciones, de la mutabilidad de las condiciones en las que los individuos actúan, por las que es difícil que la misma observación pueda ser repetida *ceteris paribus,* de las múltiples variables que deben ser tenidas en cuenta, entre las que destaca, en el caso específico, la extraordinaria variedad de delitos y de sus motivaciones y la mayor o menor certeza de ser descubiertos y condenados. El problema fue, por otro lado, señalado por Beccaria: ¿es más disuasoria la gravedad de la pena o su certeza? Sólo si la certeza permanece estable en los momentos del «antes» y «después» la comparación es posible. También ha sido planteado, repetidamente, dentro del debate sobre el terrorismo y a propósito de los secuestros en Italia: ¿qué contribuye más a la derrota del terrorismo y a la disminución de los secuestros, el agravamiento de las penas o una acción más eficaz en la lucha contra la delincuencia? Poderosas asociaciones de delincuentes, como la mafia, logran una extraordinaria obediencia a sus propias leyes con la amenaza de la pena de muerte (la única que conocen) porque la probabilidad de escaparse para los que la transgreden es mínima.

Es tal el estado de duda sobre la fuerza intimidatoria de la pena de muerte respecto a la cadena perpetua que algunos abolicionistas han sido obligados a rendirse frente al argumento lla-

mado de la «apuesta» (en el sentido del *pari* pascaliano): en la incertidumbre, tanto el mantenimiento como la abolición se fundamentan en una apuesta, en este sentido, los fautores apuestan por su eficacia, los adversarios por su ineficacia. Pero hay una diferencia entre la apuesta de unos y la de otros: apostar por la eficacia lleva a un resultado del que no se puede nunca volver atrás en el caso en el que la duda sea resuelta en sentido contrario, mientras apostar por la ineficacia manteniendo una vida permite el cambio de ruta cuando el descubrimiento de la verdad lleve a mostrar el error de la posición asumida. El argumento de la apuesta es siempre interlocutorio y sirve cuando no existe incertidumbre sobre la pregunta: ¿es más disuasoria la pena de muerte o la cadena perpetua? Mientras la plausibilidad de la apuesta pascaliana deriva del hecho de que la duda de si existe el infierno o el paraíso es humanamente irresoluble, es una duda radical, la apuesta de los abolicionistas se justifica sobre la base de una duda que puede ser resuelta, y que una vez resuelta en cierto sentido, señalaría su irremediable derrota. Todo esto lleva a concluir que quien quiera implantar la tesis de la abolición sobre una base sólida no puede limitarse a recurrir al argumento de la intimidación, porque si se llegase a demostrar de modo irrefutable, y nada lo impide, que la pena de muerte tiene un poder de intimidación mayor que las demás penas, por lo menos en determinadas situaciones y respecto a ciertos delitos, debería reconocer haber perdido su propia batalla [7].

8. La verdad es que una tesis, especialmente en el campo moral y político, no se defiende nunca con un solo argumento. Piénsese en lo que sucede en un aula de un tribunal: junto al argumento principal, como dicen los abogados, existe el subsidiario; junto a éste está el argumento incidental. El género literario, en el que se inspiran, o al que se parecen (cada vez más) los escritos de filosofía moral, es el escrito de conclusiones: se exponen las tesis del adversario y a toda tesis se hace corresponder una objeción, la cual se replica con otras y así sucesivamente.

Así sucede en la discusión sobre la pena de muerte. Un informe redactado sobre la base de dos cuestionarios transmitidos por las Naciones Unidas, en los años sesenta, a los gobiernos, organismos no gubernamentales, personajes representativos, elige quince motivos aducidos por los Estados abolicionistas, de los que el primero consiste en sostener que «el valor de la pena de

muerte como "persuasión" no está probado o es discutible», lo que se apoya en la consideración de que la encarcelación es suficiente, y finalmente se «refuerza» con la observación de que, en algunos casos, la misma pena de muerte ha sido criminógena [8]. No es el caso de exponer todos, tanto más cuanto algunos tienen carácter limitado al país que los ha enunciado. Pero no existe ninguno al que los antiabolicionistas no hayan contrapuesto, o no lo puedan hacer fácilmente, un motivo contrario. De estas contraposiciones me limito a tomar en consideración las dos que me parecen históricamente (y aún hoy) más importantes: la primera se desarrolla en el terreno filosófico, la segunda en el estrictamente jurídico.

Las dos concepciones generales de la pena sobre las que me he detenido son la retributiva y la utilitarista. Ambas consideran a la pena desde el punto de vista de las tareas e intereses del Estado. Pero el problema de la pena puede ser considerado también desde el punto de vista del individuo que lo debe sufrir. Desde este punto de vista, las concepciones más comunes son las de la expiración y la de la corrección. Según la primera, el fin de la pena en relación no con quien juzga, sino con el ajusticiado, es el de contribuir, a través del sufrimiento, a la liberación del mal realizado; según la segunda, es el de ayudar al condenado a corregirse y, a través de la corrección, a rehabilitarse. Ahora bien, de estas dos concepciones la primera es perfectamente compatible con la pena de muerte, ya que se puede sostener que se debe castigar el más grave de los delitos, el asesinato de un semejante, con la muerte, entendida como purificación de la culpa, cancelación de la mancha (la sangre se lava con sangre o, como dice el poeta: «Si ello fue delito, a castigarlo yo vengo / a tus ojos con mi sangre...»; la segunda, en cambio, es absolutamente incompatible porque para enmendarse es condición necesaria sobrevivir. La correspondencia entre estas dos concepciones de la pena *a parte subiecti* y las dos *a parte rei publicae* es evidente. El argumento fundado en la expiración puede usarse para reforzar la tesis de los defensores de la pena de muerte, mientras el fundado en la corrección puede ser usado como refuerzo de la tesis de los abolicionistas. Pero todos son recíprocamente irrefurables, ya que reposan sobre presupuestos axiológicos que cuando no están sólo emotivamente fundados, están arraigados en complejos sistemas de creencias difícilmente confrontables entre sí.

Sobre el terreno jurídico, el argumento más fuerte de los abolicionistas es el de la irremediabilidad del error judicial. No existe tratado sobre la pena de muerte que no cite casos ejemplares de la prueba de inocencia, descubierta después de la muerte en el patíbulo del presunto culpable, ni ha parecido nunca aceptable el argumento de que el coste social de la muerte de un inocente es inferior al beneficio que la sociedad obtiene por la eliminación física de crueles criminales: más bien es un argumento ante el que, generalmente, la conciencia humana se retrae horrorizada. Incluso prescindiendo de la posición moderna de los antiabolicionistas, según la cual la pena de muerte debe ser realizada con las mayores cautelas y sólo cuando se haya alcanzado la certeza total del delito en base a la sabia máxima «Mejor que un criminal se salve antes de que un inocente perezca» (ya que si la pena de muerte es justa y eficaz como intimidación no importa si es poco aplicada, lo que importa es que exista), un argumento contra la abolición, no menos fuerte que el del error judicial, se puede obtener de aquellos casos de los que los antiabolicinistas dan numerosos ejemplos de asesinos reincidentes, esto es, de peligrosos criminales que una vez puestos en libertad por finalización de la condena, por indulto o por evasión han cometido otros homicidios [9]. No hay duda de que el caso del reincidente plantea esta inquietante pregunta: ¿Si hubiese sido condenado a muerte, no se habría salvado la vida de un inocente? Si es aceptable la máxima «Mejor que un criminal se salve antes que un inocente perezca», qué decir de esta otra: «¿No importa que un inocente perezca con tal de que un criminal se salve?» La pregunta es embarazosa incluso cuando la víctima del reincidente no es jurídicamente inocente, como sucede en casos de venganza por un agravio real sufrido, y, por tanto, jurídicamente condenable. No hay quien no comprenda que esta demanda es planteada frente a la dramática frecuencia con la que en nuestras cárceles delincuentes comunes o terroristas, que donde existe la pena de muerte habrían sido probablemente ajusticiados, continúan matando.

Para terminar, junto a esta combinación de argumentos en pro y en contra, la disputa sobre la pena de muerte conoce también argumentos reversibles o de doble filo, argumentos que se prestan a ser utilizados por ambas partes. Uno de éstos, bastante curioso, se refiere a la «dureza» de la pena de muerte: para

los abolicionistas la pena capital debe ser abolida por razones humanitarias, precisamente por su dureza; por el contrario, un filósofo, que no se puede ciertamente acusar de conservador, John Stuart Mill, pronunció en el Parlamento inglés un discurso favorable al mantenimiento de la pena capital en los casos más graves, sosteniendo que la abolición habría sido destinada a producir «an enervation, an effeminacy in the general mind of the country», a desalentar el desprecio por la muerte que se presenta para la sociedad como una virtud necesaria [10]. Pero el ejemplo más interesante de reversibilidad se refiere al distinto uso del mismo precepto: «No matar.» Los defensores de la pena de muerte recurren, a menudo, al argumento de que la condena capital del homicida es una prueba solemne (lo más solemne que se puede dar) del mandamiento de no matar, en el sentido de que la vida del otro debe ser respetada si se quiere que lo sea la propia; para el abolicionista, en cambio, la pena capital es precisamente una inaceptable violación de la prohibición de matar. Esta idea no puede expresarse mejor que con las palabras que Dostoievski pone en boca del príncipe Mirskij al comienzo de la novela, casi como presentación de su héroe: «Matar a quien ha matado es un castigo sin confrontación mayor que el delito mismo. El asesinato legal es incomparablemente más horrendo que el de los delincuentes.» De un lado, la prohibición de matar se emplea para justificar la pena capital, del otro para rechazarla.

9. El debate sobre la pena de muerte, sobre el que he tratado de realizar una breve síntesis, está destinado a continuar. Que nadie crea que la victoria definitiva (subrayo «definitiva») de quien se opone está cerca. Una de las pocas lecciones ciertas y constantes que podemos obtener de la historia es que la violencia genera violencia, no sólo de hecho, sino también, lo que es más grave, con todo un séquito de justificaciones éticas, jurídicas, sociológicas que la preceden o la siguen. No existe violencia, incluso la más cruel, que no haya sido justificada como respuesta, como única respuesta posible, a la violencia de otros: la violencia del rebelde como respuesta a la del Estado, la de éste a la del rebelde, en una cadena sin fin, como no tiene fin la de las reyertas familiares y la de la venganza privada.

En el curso de la ponencia me he referido esencialmente a la violencia del delincuente común. Pero no debe olvidarse que el papel más importante en el escenario de la historia lo ocupa la

violencia política, a la que pertenece el fenómeno de la violencia colectiva, la guerra, frente al cual hablar de «abolicionismo», como se habla legítimamente respecto a la pena de muerte, puede parecer una imperdonable ingenuidad. De la violencia política no se puede prescindir, porque de ésta se alimenta y renace la exigencia de la pena de muerte, y el ejercicio de hecho de la violencia homicida incluso por parte del Estado, si bien generalmente en las formas extrajudiciales que he aludido al comienzo. Sólo durante el crecimiento del Estado liberal y de Derecho del siglo pasado se ha manifestado la tendencia a considerar la motivación política del acto violento contra las instituciones de un Estado (en especial de un Estado despótico y, por tanto, ni liberal ni de Derecho) con indulgencia, mientras durante siglos el delito político, bajo la especie de delito de lesa majestad, fue juzgado con mayor severidad. Hoy, frente al encrudecimiento del terrorismo político, se va manifestando una tendencia contraria incluso en los Estados liberales y de Derecho, cuya manifestación más evidente es la aparición de leyes excepcionales.

No conviene hacerse demasiadas ilusiones. Pero tampoco olvidar el camino realizado: un camino enorme del que no siempre somos plenamente conscientes. Desde los orígenes de la sociedad humana hasta un tiempo muy cercano, que podemos llamar «ayer», la contraseña del poder ha sido el derecho de vida y de muerte. Elias Canetti, en las páginas en las que expone sus agudísimas reflexiones sobre la supervivencia como manifestación del poderío (mi supervivencia depende de tu muerte, *mors tua vita mea),* comenta: «Nadie puede acercarse al poderoso; quien lleva un mensaje para él (...) es registrado por si lleva armas. La muerte es mantenida sistemáticamente lejos del poderoso: él puede y debe realizarla. Tan a menudo como le plazca. La condena capital que pronuncia es simpre cumplida. Es el signo de su poder, que permanece absoluto sólo mientras su derecho de castigar con la muerte sigue siendo incontestado.» Y en la última página: «La muerte que amenaza es la moneda del poder.» Los abundantes ejemplos que ofrece sobre la extensión y frecuencia del ejercicio de este poder en las regiones más distintas y en todos los tiempos son terroríficos. A propósito de un rey africano escribe: «A todos sus mandatos se debía obedecer incondicionalmente. Toda inobservancia era castigada con la muerte. El mandato se manifiesta así en su forma más pura y an-

tigua, como la sentencia de muerte del león contra todos los animales más débiles que están incesantemente bajo su amenaza» [11].

De la constatación de que violencia genera violencia en una cadena sin fin obtengo el argumento más fuerte contra la pena capital, quizá el único por el que valga la pena luchar: la salvación de la humanidad, ahora más que nunca, depende de la interrupción de esta cadena. Si no se rompe, podría no estar lejano el día de una catástrofe sin precedentes (alguno habla no sin fundamento de una catástrofe final). Y entonces es necesario comenzar. La abolición de la pena de muerte no es más que un pequeño inicio. Pero grande es la inversión que ésta produce en la práctica y en la concepción misma del poder del Estado, representado tradicionalmente como poder «irresistible».

NOTAS AL CAPITULO XIII

[1] La literatura sobre la pena de muerte es inmensa, pero demasiado repetitiva. Me limito aquí a recordar, también porque los encuentro poco citados, los dos volúmenes (en conjunto mil páginas): *Pena di morte,* actas del «Coloquio internacional sobre el centenario de la abolición de la pena de muerte en Portugal», publicado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra (sin fecha, pero el coloquio se desarrolló en 1967). Además de una reseña sobre la situación de la pena de muerte en distintos países, los dos volúmenes contienen análisis de argumentos en pro y en contra, realizados por algunos de los más importantes juristas y filósofos del Derecho contemporáneos. Fundamental es, naturalmente, la relación de Amnistía Internacional, *Pena di morte,* s. l., 1980.

[2] Una de las selecciones más completas apareció en 1954 en la editorial Einaudi, preparada por P. Malvezzi y G. Pirelli, con una introducción de Thomas Mann.

[3] Santo Tomás, *Summa theologica,* IIa IIae, q. 64, art. 2. [Hay versión castellana de la Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1956.] Así L. Taparelli, *Saggio teoretico di dirtto naturale*, 1848, párrafo 840.

[4] A este propósito querría reclamar la atención sobre el libro de J. S. Fishkin, *Tyranny and Legitimacy. A Critique of Political Theories,* Baltimore y Londres, 1979, en el que se sostiene y argumenta ampliamente la tesis según la cual un principio de gobierno aplicado sin excepciones termina por legitimar lo que el autor define como «tiranía».

[5] I. Kant, *Metafisica dei costumi,* trad. italiana, Utet, Turín, 1956, pág. 522. [Hay versión castellana en Tecnos, Madrid, 1989, con estudio preliminar de A. Cortina y traducción de A. Cortina y J. Conill.] Sobre el Derecho penal en Kant, véase la reciente e importante monografía de M. A. Cattaneo, *Dignità e pena nella filosofia di Kant,* Giuffré, Milán, 1981.

[6] Sin contar con que existen casos en los que el condenado ha preferido la ejecución de la condena de muerte. Ha tenido cierto eco el caso reciente de

Frank J. Coppola, ex policía condenado a la pena capital por la muerte de una mujer durante una pelea, que, a pesar de haberse declarado hasta el final inocente, ha rechazado toda tentativa de inaplicación de la ejecución, afirmando su firme propósito de morir «para salvaguardar su propia dignidad y ahorrar posteriores angustias y dolores a su familia».

[7] Los argumentos de la «preferencia» y de la «apuesta» me han sido sugeridos por el artículo de D. A. Conway, «Capital Punishment. Some Considerations in Dialogue Form», *Philosophy and Public Affairs,* 3, núm. 4, 1974, págs. 431-43.

[8] *Capital Punishment,* Nueva York, 1962, págs. 30-31.

[9] Particularmente clamoroso es el caso de Louis Abbot, el escritor detenido que, después de haber sido indultado, cometió, ya en libertad, otro gravísimo delito de sangre.

[10] Lo cito por *Punishment: Selected Readings,* preparado por J. Feinberg y H. Gros, Encino (Cal.), 1975, pág. 123.

[11] E. Canetti, *Massa e potere,* trad. italiana, Adephi, Milán, 1981. Los pasajes citados están, respectivamente, en las págs. 279-80, 571 y 515.

XIV

Las razones de la tolerancia

1. En primer lugar una consideración sobre el concepto mismo de tolerancia y sobre el diferente uso que se puede hacer en diferentes contextos. Premisa necesaria porque la tolerancia de la que intento analizar sus «razones» corresponde a uno solo de sus significados, aunque sea el predominante significado histórico. Cuando se habla de tolerancia con ese significado histórico predominante, se hace referencia al problema de la convivencia entre distintas creencias, primero religiosas y después también políticas. Hoy, el concepto de tolerancia se extiende al problema de la convivencia entre minorías étnicas, linguísticas, raciales, en general de los que se llaman «diferentes», como, por ejemplo, los homosexuales, los dementes o los incapacitados. Los problemas a los que se refieren estos dos modos de entender, de practicar y de justificar la tolerancia no son los mismos.

Una cosa es el problema de la tolerancia de creencias u opiniones distintas, que implica una argumentación sobre la verdad y la compatibilidad teórica o práctica de verdades contrapuestas, y otra, el problema de la tolerancia hacia los diferentes por razones físicas o sociales, problema que sitúa en primer plano el tema del prejuicio, y de la consiguiente discriminación. Las razones que se pueden alegar, y han sido efectivamente aducidas en los siglos en los que hervía el debate religioso, en defensa de la tolerancia en el primer sentido, no son las mismas que se alegan para defenderla en el segundo. Así también son diferentes las razones de las dos formas de intolerancia. La primera deriva de la convicción de poseer la verdad; la segunda de un prejuicio, entendido como una opinión o un conjunto de opiniones, que son asumidas acrítica y pasivamente por tradición, costumbre o por una autoridad cuyos dictámenes se aceptan sin discusión. Bien entendido que también la convicción de poseer la verdad puede ser falsa y tomar la forma de prejuicio. Pero es un prejuicio que se combate de forma completamente diferente: no pueden ponerse sobre el mismo plano los argumentos que se aducen para convencer al fiel de una iglesia o al seguidor de un partido para que admita la presencia de otras confesiones o de otros partidos con los argumentos que se deben emplear para convencer a un blanco a convivir pacíficamente con un negro, a un turinés con un meridional, o a no discriminar social y legalmente a un homosexual, etc. La pregunta fundamental que se plantean siempre los fautores de la tolerancia religiosa o política es de este tenor: ¿cómo son teórica y prácticamente posibles dos verdades opuestas? La pregunta fundamental que se debe plantear el fautor de la tolerancia de los diferentes es otra: ¿cómo se puede demostrar que ciertas intolerancias hacia una minoría o hacia lo irregular, lo anormal, precisamente lo «diferente», derivan de prejuicios arcaicos, de formas irracionales, puramente emotivas, de juzgar a los hombres y a los eventos? La mejor prueba de esta diferencia está en el hecho de que en el segundo caso la expresión habitual con la que se designa lo que se debe combatir, incluso en los documentos oficiales internacionales, no es la intolerancia, sino la discriminación, sea ésta racial, sexual, étnica, etcétera.

El motivo por el que me ocupo de las razones de la tolerancia en el primer sentido radica en el hecho de que el problema his-

tórico de ésta, como se planteó en Europa durante el período de las guerras de religión, primero por los movimientos de herejes y después por los filósofos, como Locke y Voltaire, problema tratado en las historias de la tolerancia, como la famosa de Joseph Lecler (en dos volúmenes, 1954) *, es el relativo exclusivamente a la posibilidad de convivencia entre confesiones religiosas distintas, problema aparecido en la época en la que se produce la ruptura del universo religioso cristiano.

2. De la acusación que el tolerante dirige al intolerante de ser un fanático, éste se defiende acusándolo a su vez de ser un escéptico o al menos un indiferente, alguien que no tiene fuertes convicciones y considera que no existe verdad por la que valga la pena luchar. Es conocida la controversia que se produce a principios de siglo entre Luigi Luzzatti, autor de un libro en el que exaltaba la tolerancia *(La libertá di coscienza e di scienza,* 1909) como principio inspirador del Estado liberal, y Benedetto Croce, el cual después de haber afirmado que la tolerancia es «fórmula práctica y contingente y no un principio universal y no puede ser adoptada como criterio para juzgar la historia, que necesita de criterios que le sean intrínsecos», replicó que entre los tolerantes «no siempre se encontraban los espíritus más nobles y heroicos. A menudo se hallaban los retóricos y los indiferentes. Los espíritus vigorosos mataban y se hacían matar». Concluía: «Esta es la historia y nadie puede cambiarla.» La acusación de Croce es muy precisa: los tolerantes pueden ser, además de «retóricos» (si bien aquí la expresión es genérica y probablemente dirigida personalmente a su adversario del momento), también «indiferentes». Al que le hacía notar que diciendo esto aparecía como intolerante le respondía seráficamente que era poco intolerante ser en sede histórica tolerante también con los intolerantes [1].

En suma, por parte del intolerante o de quen se sitúa por encima de la antítesis tolerancia-intolerancia, juzgándola en sede histórica y no en sede práctico-política, el tolerante sería a menudo tal no por buenas razones sino por malas. No sería tolerante por estar seriamente comprometido a defender el derecho

* Hay versión castellana, *Historia de la tolerancia en el siglo de la Reforma,* trad. de Antonio Molina Meliá, Editorial Marfil, Alcoy, 1969. *(N. del T.)*

de cada uno a profesar su propia verdad, puesto que no existe una sola, sino porque no le importa nada la verdad.

Pero junto a las malas razones existen también buenas razones, exponiendo las cuales querría por otro lado evitar retorcer la acusación y sostener que no se puede ser intolerante sin ser fanático. Entiendo que la antítesis indiferencia-fanatismo no se refleja fielmente sobre la antítesis, esencialmente práctica, tolerancia-intolerancia.

3. Comienzo por la razón más baja, meramente práctica o de prudencia política, que es la que ha terminado por admitir en el terreno de la práctica política el respeto a las diversas creencias religiosas, incluso por quienes estarían en líneas de principio consideradas intolerantes (porque están convencidos de poseer la verdad y consideran que están en el error todos aquellos que piensan de forma distinta): la tolerancia como mal menor o como mal necesario. Entendida de esta forma la tolerancia no implica la renuncia a las convicciones firmes de cada uno, sino pura y simplemente la opinión, a revisar cada vez según las circunstancias y las situaciones, de que la verdad tiene mucho que ganar soportando el error ajeno, porque la persecución, como ha demostrado a menudo la experiencia histórica, en vez de extinguirlo, lo refuerza. La intolerancia no obtiene los resultados que se propone. También en este nivel elemental se comprende la diferencia entre el tolerante y el escéptico: el escéptico es al que no le importa qué fe triunfe; el tolerante por razones prácticas es al que le importa mucho que triunfe una verdad, la suya, pero entiende que a través de la tolerancia, su fin, que es el de combatir el error o impedirle que produzca daños, se alcanza mejor que con la intolerancia.

Esta razón, en cuanto que es esencialmente práctica, asume diversos aspectos según la distinta naturaleza de las relaciones de fuerza entre yo o mi doctrina o mi corriente, detentadora de la verdad, y los otros, inmersos en el error. Si soy el más fuerte, aceptar el error ajeno puede ser un acto de astucia: la persecución provoca escándalo, éste extiende la mancha que es bueno, al contrario, mantener oculta lo más posible. El error podría propagarse más en la persecución que en la benévola, indulgente, permisiva, tolerancia (permisiva pero, sin embargo, siempre prudente). Si soy el más débil, soportar el error de otro es un estado de necesidad: si me rebelase sería aplastado y perdería toda

esperanza de que mi pequeño principio pudiese fructificar en el futuro. Si somos iguales, entra en juego el principio de la reciprocidad sobre el que se fundan todas las transacciones, todos los compromisos, todos los acuerdos, que están en la base de toda convivencia política (toda convivencia se basa o sobre el compromiso o sobre la imposición): la tolerancia entonces es el efecto de una contraprestación, de un *modus vivendi,* de un *do ut des,* de la consigna del «si tu me toleras a mí yo te tolero a ti». Es demasiado evidente que si me atribuyo el derecho de perseguir a los demás, atribuyo a éstos el derecho de perseguirme a mí. Hoy a ti, mañana a mí. En todos estos casos la tolerancia es manifiestamente, conscientemente, utilitariamente, el resultado de un cálculo y como tal no tiene nada que ver con el problema de la verdad.

4. Elevándonos un poco en la escala de las buenas razones, se pasa de la razón de mera prudencia política a la elección de un verdadero método universal, o que debiera valer universalmente, de convivencia civil: la tolerancia puede representar la elección del método de la persuasión respecto al de la fuerza o la coacción. Detrás de la tolerancia entendida en esta forma que no es simplemente ya el soportar pasiva y resignadamente el error, sino que es un comportamiento activo de confianza en la razón o en la racionalidad del otro, una concepción del hombre no sólo capaz de esforzarse por alcanzar sus propios intereses, sino también de considerar su interés propio a la luz del interés de todos, está el rechazo consciente de la violencia como único medio para obtener el triunfo de las propias ideas.

Mientras la tolerancia como mera resignación ante el mal y el error es doctrina teológica, la tolerancia entendida como método de la persuasión ha sido uno de los grandes temas de los ensayos más esclarecidos que han contribuido a que triunfe en Europa el principio de la tolerancia como conclusión de las sangrientas guerras de religión. En la isla de Utopía se practica la tolerancia religiosa, y Utopo nos explica las razones de esta forma: «Sería temerario y estúpido *(insolens et ineptum)* pretender con violencia y amenazas que lo que tú crees verdadero parezca como tal a todos. Sobre todo porque si la verdadera religión es una y todas las otras son falsas, (Utopo) prevé que en el futuro, solamente con que se procediese con racionalidad y moderación, la verdad se abriría paso de una vez, imponiéndose por su pro-

pia virtud. Si en cambio la controversia se desarrolla entre armas y combates, dado que precisamente los peores son los más obstinados, la religión mejor y más santa está destinada a ser superada en la contienda por las supersticiones más vacías, como grano entre las zarzas y los espinos» [2]. El más grande teórico de la tolerancia, John Locke, escribe:

> «Sería preciso desear que se permitiese un día a la verdad defenderse por sí misma. Bien poca ayuda le ha conferido el poder de los grandes que ni siempre la conocen ni la apoyan... La verdad no tiene necesidad de la violencia para encontrar acogida en el espíritu de los hombres, y no se la puede mostrar por boca de la ley. Son los errores de reinar gracias a apoyos externos, prestados por los de fuera. Pero la verdad si no se aferra al entendimiento con su luz, no podrá alcanzar su fin con la fuerza de los demás» [3].

He querido referirme extensamente a estos dos fragmentos, aunque son bien conocidos, porque la idea que en ellos se expresa, extendida de la esfera religiosa a la esfera política, representa uno de los principios inspiradores del gobierno democrático y uno de los caracteres distintivos del régimen democrático respecto a cualquier forma de despotismo. Una de las definiciones posibles de democracia es la que pone en evidencia la sustitución de las técnicas de la persuasión por las de la fuerza como modo de resolución de los conflictos. No es ciertamente éste el lugar para extenderse sobre las características de la argumentación persuasiva, y sobre la *nouvelle rhétorique*. Pero es sabido lo que la escuela de la nueva retórica ha contribuido a ilustrar la relación entre argumentación retórica en el discurso y método democrático en la praxis.

5. Demos un paso más. Más allá de las razones de método, se puede aducir en favor de la tolerancia una razón moral: el respeto al otro. También en este caso la tolerancia no reposa sobre la renuncia a la propia verdad, o sobre la indiferencia por cualquier forma de verdad. Creo firmemente en mi verdad pero creo que debo obedecer a un principio moral absoluto: el respeto a los demás. Aparentemente se trata de un caso de conflicto entre razón teórica y razón práctica, entre aquello en lo que debo creer

y aquello que debo hacer. En realidad se trata de un conflicto entre dos principios morales: la moral de la coherencia que me induce a situar mi verdad por encima de cualquier cosa, y la del respeto o la benevolencia hacia el otro.

Así como el método de la persuasión está estrechamente conectado con la forma de gobierno democrático, el reconocimiento del derecho de todo hombre a creer según su conciencia está estrechamente ligado a la afirmación de los derechos de libertad, ante todo con el derecho de libertad religiosa, y después con el de libertad de opinión, los derechos considerados naturales o inviolables, que están en el origen del Estado liberal. Por otro lado, aunque no siempre históricamente, sí teóricamente, Estado liberal y Estado democrático son interdependientes porque el segundo es la prolongación necesaria del primero, y allí donde son impuestos permanecen y caen juntos.

Si el otro debe llegar a la verdad lo debe hacer por íntima convicción y no por imposición. Desde este punto de vista la tolerancia no es solamente un mal menor, no es sólo la adopción de un método de convivencia con preferencia a otro, sino que es la única respuesta posible a la imperiosa afirmación de que la libertad interior es un bien demasiado alto para no ser reconocido, e incluso reclamado. Aquí la tolerancia no es querida por ser socialmente útil o políticamente eficaz, sino porque es éticamente obligatoria. También en este caso el tolerante no es escéptico, ya que cree en su verdad. Ni es tampoco indiferente porque inspira la propia acción en un deber absoluto, como es el respeto a la libertad de los demás.

6. Junto a estas tres doctrinas que consideran la tolerancia desde el punto de vista de la razón práctica, existen otras que la consideran desde el punto de vista teórico, o bien desde el punto de vista de la naturaleza de la verdad. Son aquellas doctrinas según las cuales la verdad puede ser alcanzada sólo a través de la confrontación o de la síntesis inmediata de verdades parciales. La verdad, según estas doctrinas, no es una. La verdad tiene muchas caras. Vivimos no en un universo, sino en un multiverso. En éste la tolerancia no es sólo un mal menor, no es sólo un método de convivencia, no es sólo un deber moral, sino que es una necesidad inherente a la misma naturaleza de la verdad.

Son al menos tres las posiciones filosóficas representativas de esta exigencia: el sincretismo, del que fue expresión en el tiem-

po de las grandes disputas teológicas el humanismo cristiano, y hoy, en una época de grandes conflictos ideológicos, las diferentes tentativas de conjugación entre cristianismo y marxismo; el eclecticismo, o filosofía del «justo medio», que tuvo su momento célebre como filosofía de la Restauración, y por consiguiente también en una perspectiva irénica, después del período de enfrentamiento violento entre revolución y reacción, y hoy revive en las diferentes propuestas de «tercera vía», entre liberalismo y socialismo, entre mundo occidental y mundo oriental, entre capitalismo y colectivismo; el historicismo relativista, según el cual, utilizando la famosa afirmación de Max Weber, en una edad de politeísmo de valores, el único templo abierto debería ser el Panteón, un templo en el que cada uno pueda adorar a su propio dios.

7. Las buenas razones de la tolerancia no deben hacernos olvidar que también la intolerancia puede tener sus buenas razones. Cada uno de nosotros prorrumpimos cada día en exclamaciones como éstas: «Es intolerable que...», «¿Cómo podemos tolerar que...?», «La tolerancia está bien, sí, pero tiene sus límites», etcétera.

En este punto es conveniente aclarar que el mismo término «tolerancia» tiene también dos significados, uno positivo y otro negativo, y, por tanto, tiene dos significados, respectivamente negativo y positivo, el término opuesto. En sentido positivo, tolerancia se opone a intolerancia en sentido negativo, y viceversa, al sentido negativo de tolerancia se contrapone el sentido positivo de intolerancia. Intolerancia en sentido positivo es sinónimo de severidad, rigor, firmeza, de todas las cualidades que entran en la categoría de la virtud; tolerancia en sentido negativo, en cambio, es sinónimo de indulgencia culpable, de condescendencia con el mal, con el error, por pérdida de principios, por amor al vivir tranquilo o por ceguera frente a los valores. Es evidente que cuando hacemos el elogio de la tolerancia, reconociendo en ella uno de los principios fundamentales de la vida libre y pacífica, hablamos de la tolerancia en sentido positivo. Pero no debemos nunca olvidar que los defensores de la intolerancia se valen del sentido negativo para denigrarla: si Dios no existe, todo está permitido. Precisamente, como se sabe, ésta era la razón por la que Locke no admitía que fuesen tolerados los ateos, los cuales, según una doctrina común en aquellos tiempos, no te-

nían razón alguna para guardar fidelidad a una promesa o para observar un juramento y, por tanto, eran siempre ciudadanos de los que no era posible fiarse. Textualmente: «Para un ateo ni la palabra dada, ni los pactos, ni los juramentos, que son los vínculos de la sociedad humana, pueden ser estables o sagrados: eliminado Dios, aunque sea sólo con el pensamiento, todas estas cosas caen» [4].

Tolerancia en sentido positivo se opone a intolerancia, religiosa, política, racial, es decir, a la indebida exclusión de lo diferente. Tolerancia en sentido negativo se opone a fimeza en los principios, es decir, a la justa o debida exclusión de todo aquello que puede acarrear daño al individuo o a la sociedad. Si las sociedades despóticas de todos los tiempos y del actual sufren de falta de tolerancia en sentido positivo, nuestras sociedades democráticas y permisivas sufren de exceso de tolerancia en sentido negativo, de tolerancia en el sentido de dejar correr, de dejar andar, de no escandalizarse ni indignarse nunca de nada. (En estos días he recibido un cuestionario en el que se pide apoyo a la petición del «derecho a la pornografía».)

Pero incluso la tolerancia positiva no es absoluta. La tolerancia absoluta es una pura abstracción. La tolerancia histórica, real, concreta, es siempre relativa. Con esto no se quiere decir que la diferencia entre tolerancia e intolerancia esté destinada a desaparecer. Pero es un hecho que entre conceptos extremos, de los cuales uno es el contrario del otro, existe una comunicación, la zona gris, el ni ni, cuya mayor o menor amplitud es variable, y es sobre esta variable sobre la que se puede valorar qué sociedad es más o menos tolerante, o más o menos intolerante.

8. No es fácil establecer los límites de este espacio, sobrepasando el cual una sociedad tolerante se transforma en intolerante. Excluiremos la solución propuesta por Marcuse en el conocido ensayo sobre la tolerancia represiva, donde considera como tal la que se ejercita en los Estados Unidos, donde las ideas de la izquierda radical no son admitidas mientras sí son admitidas y acogidas las de la derecha reaccionaria. La expresión «tolerancia represiva» es una verdadera y propia contradicción terminológica. La tolerancia positiva consiste en la remoción de formas tradicionales de represión; la tolerancia negativa es concretamente la exaltación de una sociedad antirepresiva, permisiva al máximo. Marcuse puede permitirse esta expresión contradic-

toria porque distingue las ideas en buenas (las que son progresistas) y malas (las que son reaccionarias), y sostiene que la tolerancia buena es aquella que tolera sólo las ideas buenas. Así, en vez de distinguir tolerancia de intolerancia, distingue la tolerancia de ciertas ideas de la de ciertas otras, y llama buena a la una y mala a la otra. Partiendo de esta distinción, afirma que una sociedad tolerante en la que la tolerancia recupera el sentido originario de una práctica liberadora y no represiva, como sucede en los orígenes de la sociedad burguesa, debería invertir completamente el camino: tolerar solamente las ideas progresistas y rechazar las reaccionarias:

> «El rechazo de la tolerancia hacia los movimientos regresivos antes de que puedan convertirse en activos; la intolerancia también hacia el pensamiento, las opiniones, las palabras, y por último la intolerancia con la dirección opuesta, es decir, hacia los conservadores que se proclaman como tales, hacia la derecha política. Serán antidemocráticas estas ideas, pero corresponden al desarrollo actual de la sociedad democrática que ha destruido las bases para la tolerancia universal» [5].

Una posición de este género es inaceptable. ¿Quién distingue las ideas buenas de las malas? La tolerancia es tal sólo si vienc a tolerar también las ideas malas. Contraponer una tolerancia represiva que se rechaza a una tolerancia emancipadora que se exalta quiere decir pasar de una forma de intolerancia a otra.

9. No es que la tolerancia sea o deba ser ilimitada. Ninguna forma de tolerancia es tan amplia como para comprender todas las ideas posibles. La tolerancia es siempre tolerancia respecto a cualquier cosa con exclusión de cualquir otra. Lo que no convence de la teoría marcusiana es el criterio de exclusión, porque se trata de un criterio demasiado vago, en un cierto aspecto, demasiado restrictivo, en otro. Vago, porque la apreciación de que algo es progresista o de que es reaccionario es relativa según situaciones históricas cambiantes; restrictivo, porque si la tolerancia está dirigida sólo al reconocimiento de ciertas doctrinas y no de otras, su función queda completamente desnaturalizada. El nervio de la idea de tolerancia es el reconocimiento del igual derecho a convivir que se reconoce a doctrinas opuestas, y el re-

conocimiento, por parte de quien se considera poseedor de la verdad, del derecho al error, por lo menos del derecho al error de buena fe. La exigencia de la tolerancia nace en el momento en el que se toma conciencia de la irreductibilidad de las opiniones y de la necesidad de encontrar un *modus vivendi* (una regla puramente formal, una regla del juego) que permita a todas las opiniones expresarse. O la tolerancia o la persecución: *tertium non datur.* Si es persecutoria la tolerancia que Marcuse condena y llama represiva, no se ve por qué no va a ser persecutoria, por las mismas razones, la tolerancia que él aprueba. Esto supondría que la tolerancia, nacida en un determinado contexto histórico, fuese considerada como una idea que ha cumplido su ciclo, y que en una situación de conflicto antagónico entre concepciones del mundo opuestas, irreductibles, incompatibles, ha perdido toda razón de ser.

10. Una cosa es sostener que la tolerancia no es nunca ilimitada (sólo la tolerancia negativa es ilimitada, pero por esto mismo termina por desacreditar la idea misma de tolerancia), otra entender que si debe tener sus límites, los criterios para fijarlos no deben ser los propuestos por Marcuse.

El único criterio razonable es el que deriva de la idea misma de tolerancia y que puede ser formulado de este modo: la tolerancia debe ser extendida a todos, excepto a aquellos que niegan el principio de tolerancia, o más brevemente, todos deben ser tolerantes excepto con los intolerantes. Esta era la razón por la que Locke entendía que no se debía extender la práctica de la tolerancia a los católicos, y hoy en la esfera política se niega en ciertos países el derecho de ciudadanía a los comunistas y a los fascistas. Se trata, por otra parte, del mismo principio por el que se sostiene que la regla de la mayoría no vale para las minorías opresoras, es decir, para aquellos que si se convirtiesen en mayoría suprimirían el principio de las mayorías.

Naturalmente, este criterio de distinción que en abstracto parece clarísimo en la práctica no es de tan fácil realización, y no puede ser aceptado sin reservas.

Las razones por las que no es tan claro como parece cuando se enuncia está en el hecho de que existen varias graduaciones de la intolerancia y son varios los ámbitos en los cuales la tolerancia puede explicarse. No puede ser aceptado sin reservas por una razón nada despreciable: quien cree en la bondad de la to-

lerancia cree no solamente porque constata la irreductibilidad de las fes y de las opiniones, y la consiguiente necesidad de no destruir con prohibiciones la variedad de las manifestaciones del pensamiento humano, sino también porque cree en su fecundidad, y comprende que la única manera de llevar al intolerante a aceptar la tolerancia no está en la persecución, sino en el reconocimiento de su derecho a expresarse. Responder al intolerante con la intolerancia puede ser formalmente inaceptable, éticamente pobre y además políticamente inoportuno. No se dice que el intolerante, acogido en el recinto de la libertad, comprenda el valor ético del respeto a las ideas del otro. Pero es cierto que el intolerante perseguido y excluido no se convertirá nunca en un liberal. Puede valer la pena poner en riesgo la libertad haciendo beneficiario de ella también a su enemigo, si la única posible alternativa es restringirla hasta sofocarla o por lo menos no permitirle dar todos sus frutos. Mejor una libertad siempre en peligro pero expansiva que una libertad protegida pero incapaz de desarrollarse. Sólo una libertad en peligro es capaz de renovarse. Una libertad incapaz de renovarse se transforma tarde o temprano en una nueva esclavitud.

La elección entre dos comportamientos es una elección última y como todas las elecciones últimas es susceptible de no ser fácilmente sostenible con argumentos racionales. Existen situaciones históricas que pueden favorecer a la una o a la otra. Nadie pensaría hoy en renovar la prohibición de los católicos, como quería Locke, porque las guerras religiosas han terminado, al menos en Europa, y no es predecible su vuelta. En cambio en muchos países de Europa existe una prohibición del partido comunista porque la gran división entre países democráticos y países bajo un régimen dictatorial dirigidos por el movimiento comunista internacional está todavía presente u operante en el mundo y en la sociedad europea, división entre un Occidente capitalista y democrático y un Oriente socialista y no democrático.

Debemos contentarnos con decir que la elección de una de las dos soluciones permite distinguir una concepción restrictiva de la tolerancia, que es propia del liberalismo conservador, de una concepción extensiva, que es propia del liberalismo radical o progresista, o como se le quiera llamar.

Aporto dos ejemplos esclarecedores. El conservador Gaetano Mosca, observando que la historia había desgraciadamente

dado más razones a los intolerantes que a los tolerantes, rechazaba por ingenua e insulsa la doctrina según la cual la violencia no puede contra la verdad y la libertad, la verdad termina siempre por triunfar contra la persecución y la libertad se defiende a sí misma, como la lanza de Aquiles que curaba las heridas que ella misma producía. Decía de esta doctrina de los liberales avanzados que habría hecho reír a las generaciones posteriores a nuestras espaldas [6]. Luigi Einaudi, por el contrario, en un famoso pasaje, citado por mí otras veces, escrito en 1945, en el momento en el que nuestro país se disponía a restaurar las instituciones de la libertad, afirmó: «Los creyentes en la idea de la libertad (...) afirman que un partido tiene derecho a participar plenamente en la vida política aunque sea declaradamente liberticida. Con el fin de sobrevivir, los hombres libres no deben renunciar a las propias razones de vida, la misma libertad de la cual se profesan fautores» [7].

Como siempre, las lecciones de la historia son ambiguas (y por esto es difícil aceptar la tesis de la historia como maestra de vida). En la historia de nuestro país, piénsese en la llegada del fascismo, estaremos tentados a dar la razón a Mosca; si se piensa en cambio en el proceso de gradual democratización del partido comunista (y en el residuo fascista, permanentemente minoritario), estaremos tentados a dar la razón a Einaudi.

11. Donde no parece ambigua la historia de estos últimos siglos es en la demostración de la interdependencia entre la teoría y la práctica de la tolerancia, de un lado, y el espíritu laico, entendido como la formación de la mentalidad que confía la suerte del *regnum hominis* más a las razones de la razón común de todos los hombres que a los impulsos de la fe, y ha dado origen, de un lado, a los Estados no confesionales, ya sean neutrales en materia religiosa, y al mismo tiempo liberales, ya sean neutrales en materia política, y del otro, a la sociedad abierta en la que la superación de los contrastes de fes, de creencias, de doctrinas, de opiniones, es debido al imperio de la regla áurea según la cual mi libertad se extiende hasta donde no invade la libertad de los otros, o, por decirla con palabras de Kant, «la libertad del arbitrio de uno puede subsistir con la libertad de todos los demás según una ley universal» (que es la ley de la razón).

NOTAS AL CAPITULO IV

[1] La primera cita es de *Cultura e vita morale,* Laterza, Bari, 1926², pág. 100; la segunda, de *Pagine sparse,* Ricciardi, Nápoles, 1943, vol. I, pág. 247. Para la historia de esta controversia y en general sobre el debate en pro y en contra de la tolerancia en los primeros años del siglo, ver el documentado libro de V. Mura, *Cattolici e liberali nell età giolittiana. Il dibattito sulla tolleranza,* De Donato, Bari, 1976.

[2] T. Moro, *Utopia,* al cuidado de L. Firpo, Guida, Nápoles, pág. 287. [Existen varias versiones castellanas de esta obra. En este sentido pueden citarse las de F. L. Cardona Castro, Bruguera, Barcelona, 1975; J. Mallafr Gavalda, en Planeta, Barcelona, 1986, y antes en Bosch, Barcelona, 1977; T. Suero Roca, Bruguera, Barcelona, 1978; E. García Estébanez, Zero, Madrid, 1982, y en Tecnos, Madrid, 1987; R. Pin de Latour, Iberia, Barcelona, 1983; J. I. Ciruelo Borges, Orbis, Barcelona, 1985; P. Rodríguez, Alianza, Madrid, 1988; A. Vázquez de Prada, Rialp, Madrid, 1989.]

[3] J. Locke, «Prima Lettera sulla tolleranza», en *Scritti sulla tolleranza,* al cuidado de D. Marconi, Utet, Turín, 1977, vol. I, pág. 165. [Hay versión castellana, *Carta sobre la tolerancia,* de P. Bravo Gala, Tecnos, Madrid, 1985.]

[4] *Ibid.,* pág. 172.

[5] H. Marcuse, «La tolleranza repressiva», en *Critica della tolleranza,* Einaudi, Turín, 1965, pág. 100. [Hay versión castellana en Editora Nacional, Madrid, 1977.]

[6] G. Mosca, *Elementi di scienza politica,* Laterza, Bari, 1923, vol. I, pág. 381.

[7] L. Einaudi, «Maior et sanior pars», en *Il Buongoverno,* Laterza, Bari, 1954, pág. 106.

Indice

		Pág.
Prólogo		7
Introducción		13
PRIMERA PARTE		
I.	Gurvitch y los derechos sociales	27
II.	Igualdad y dignidad de los hombres	37
III.	Sobre el fundamento de los derechos del hombre	53
IV.	Presente y porvenir de los derechos humanos	63
V.	¿Existen derechos fundamentales? Conversación con Giuliano Pontara	85
VI.	El tiempo de los derechos	97
VII.	Derechos del hombre y sociedad	113
SEGUNDA PARTE		
VIII.	La Revolución Francesa y los derechos del hombre.	131
IX.	La herencia de la Gran Revolución	157
X.	Kant y la Revolución Francesa	175
TERCERA PARTE		
XI.	La resistencia a la opresión, hoy	187
XII.	Contra la pena de muerte	203
XIII.	El debate actual sobre la pena de muerte	221
XIV.	Las razones de la tolerancia	243